DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

DOLO ET CULPA

IN CONTRACTIBUS PRAESTANDA

ad

Quaedam Ulpiani verba ex Lib. 29. ad Sabinum, quae exstant in L. 23. ff. de reg. jur.

QUAM

ANNUENTE DEO TER OPT. MAX.

Ex Auctoritate Magnifici Rectoris,

D. ALBERTI SCHULTENS,

S. S. THEOLOG. DOCTORIS, LINGUARUM ORIENTALIUM PROFESSORIS, COLLEGII THEOLOGICI ILLUSTR. AC PRAEPOT. ORDINUM HOLL. ET WESTFRIS. MODERATORIS, ET MSS. ORIENTALIUM LEG. WARNER. INTERPRETIS:



NEC NON

Amplissimi SENATUS ACADEMICI *Consensu,*
& Nobilissimae FACULTATIS JURIDICAE *Decreto,*

PRO GRADU DOCTORATUS,

Summisque in UTROQUE JURE Honoribus ac Privilegiis rite ac legitime consequendis,
Eruditorum Examini submittit

JEREMIAS ALBERTUS STAEL,
Haga-Batavus, civis Amstelodamensis.

Ad diem 16. *Martii* 1739. *hora locoque solitis.*

LUGDUNI BATAVORUM,

Apud JOH. & HERM. VERBEEK, 1739.

VIRIS

AMPLISSIMIS ATQUE GRAVISSIMIS

D. CORNELIO VAN NECK,

IIS, QUAE IN CAMERA AERARII HOLLANDIAE, VULGO *DEFINANTIE* DICTA, EXPEDIENDA VENIUNT, PRAEPOSITO, AVO SUO OPTIMO OMNI AMORE SEMPER AC REVERENTIA AD CINERES USQUE PROSEQUENDO.

D. JOANNI STAEL, J. U. D.

AC INCLYTAE AMSTELODAMENSIUM CIVITATIS CONSILIARIO PENSIONARIO, PATRI SUO CARISSIMO SUMMA PIETATE ET OBSEQUIO IN AETERNUM VENERANDO.

D. LAMBERTO VAN NECK, J. U D.

ET FLORENTISSIMAE ROTTERODAMENSIUM URBIS CONSILIARIO AC PENSIONARIO, AVUNCULO SUO DILECTISSIMO OMNI OBSERVANTIA ET HONORE IN PERPETUUM COLENDO.

D. DIDERICO SCHAGHEN, J. U. D.

ET AMOENISSIMAE AMERSFORTENSIUM URBIS SENATORI ATQUE SECRETARIO, AGNATO SUO PER AFFINI-

NI-

NITATEM JUNCTO EXOPTATISSIMO OB SINGULAREM ERGA SE BENEVOLENTIAM NUNQUAM NON PERGRATO ANIMO DILIGENDO AC HONORANDO.

Hanc dissertationem inauguralem
ea, qua par est, reverentia

D. D. D.

JEREMIAS ALBERTUS STAEL;

AUCTOR.

PRAEFATIO.

In eligenda juris materia, de qua, ut mos eſt, diſſertatiunculam inauguralem conſcriberem, non id, quod multi alii ſeſe expertos fuiſſe ajunt, mihi contigiſſe fateor; nimirum, quod diu valde ſollicitus, ac dubius haeſerim, quodnam juris civilis caput potius exponere vellem: non quia reliquis plus ſapio, minime, ingenio enim & eruditione pleriſque me inferiorem eſſe probe gnarus ſum, verum quia id facultatem juris docendi petentibus ſolum negotii datum eſſe ſemper credidi, ſpecimen tanquam ſtudiorum ut edant, quæ ipſis conficiendæ ſunt, diſſertatiunculas. Non igitur requiritur in iis novarum lectionum ſecundum criticorum præcepta excogitatio, aut nodi hujus vel illius vindice digni ſolutio, quid enim in his poſſet Edictalis vel Papinianiſta, cui maſculam jurisprudentiam primoribus guſtare labris adhuc dum vix licuit? ſed ſufficit ſi in hisce pro viribus earum legum peritos ſeſe oſtendant, quas ignorare omnes juris ſcientiam profitentes nefas eſt: ſi dicantur proinde quaedam, quæ dicta ſunt prius, vitio hoc verti poſſe minime, eſt conſequens; ideoque anxia quoque illa animi ſollicitudine in ſeligenda apta quadam materia eos absque cauſa affici arbitror: vix enim titulus aut Lex quædam in corpore juris Juſtinianei exſtat, quæ ejusmodi diſſertatiunculae conſcribendae anſam praebere haud facile poteſt; præcipue, ſi hic, illic elegantiorum Litterarum aliquid, ut plerumque fit immiſcere eſt animus. ſi quis tamen, cui meliori luto ficta ſunt praecordia, ſeſe πρωλύτην profiteri volens, novi quicquam ſcribere ſuſtineat, duram ſatis eum ſuſcepiſſe provinciam lubens agnoſco. De critica enim, cui primae plerumque in eo partes ſunt agendæ, veriſſimum eſt, quod ſcripſit vir ſummus R. Bentleius in præfatione Horatio, quem edidit, præmiſſa, Longe longeque difficilius eſt hodie, quam ſuperioribus erat annis, emendationes conſcribere, ita omnia illa, quæ ex ſcriptorum codicum collatione clare

& ultro se ingerebant, præerepta jam sunt, & anticipata; neque quidquam fere residuum est, nisi quod ex intima sententiae vi, & orationis indole, solius ingenii ope sit eruendum. *hoc autem magis requirere consummatae eruditionis virum, quam juris scientia leviter imbutum nemo, credo, inficias ibit; nam licet verum sit, si artem criticam in abstracto, ut ita dicam, consideres, quod idem Bentleius in d. Praef. scripsit* critico opus esse divinandi quadam peritia & μαντικῇ, quae nulla laborandi pertinacia vitaeque longinquitate acquiri potest sed naturae solius munere nascendique felicitate contingit; *attamen si illam utiliter quis adhibere satagit, non minus verum est, quod docet F. Robortellus de ratione corrigendi antiquorum libros*, in hac arte requiri infinitam quandam eruditionem in eo, qui emendatorem se librorum dici cupit: multa (pergit) legerit oportet, multa cogitarit, multa audierit, multa triverit usu, recentiores etiam evolverit; contingit enim, si id non fecerit, ut eadem dicat & scribat, quae alii; ac nova esse putet, quae sunt vetera. *Nam in eo lapsos esse viros ingenii ac eruditionis laude longe clarissimos certo certius est: imo inter eos fuisse summum Cujacium observavit amplissimus Bynkershoekius, cui ingenio, eruditione, ac probitate parem secula prisca raro dedere, sequentia forte vix ullum dabunt: Hujusque rei procul dubio nulla alia causa fuit, quam quod veterum codicum, aliorumque librorum copia non satis fuerint instructi: unde hoc viris eruditis, qui prioribus post barbariem depulsam seculis vixerunt, vitio ita verti non poterat ob librorum tunc temporis penuriam, secus ac hoc tempore, quo periculum est, ne illorum multitudine suffocemur; ideoque vix culpae imo doli suspicionem effugere potest, qui jam talia admittit. Praeterea excussis jam omnibus codicibus cum venia Cl Bentleii non nimium isti divinandi peritiae, ut loqui amat, in criticis dandum esse existimo; cum, licet non semper certis regulis, attamen certis terminis circumscribendam esse artem criticam rear: vim quippe majorem auctoribus ac jureconsultis inferre, omniaque pro lubitu mutare potius librorum corruptoris quam critici est ingeniosi. Et profecto ex eo tempore, quo juris nostri aliorumque auctorum* inter-

interpretes perlegere coepi, animadverti, si alicubi lapsi fuerint, id plerumque inde venisse, quod non observaverint tritum illud, ne quid nimis. *Quibus enim critica est odio. potius hujus vel illius legis explicationem admitterent etiam ineptissimam, quam vel litterulam mutarent, quia quicquam contra scripturam Codicis Florentini tentare illis est religio, cum tamen certissimum sit & illum in multis esse corruptum; & hinc sane est, quod nescio, quomodo tanto ardore ejus integritatem defendere potuerit vir Clarissimus N. C. Lynckerus in suppet.* ad L. 69. ff. pro socio cap. 4. *cum nulla causa sit, cur Pandectae Florentinae non aeque ac reliqui codices MSS haec fata subiissent. Ob antiquitatem suam enim hunc vel illum codicem omni errorum suspicione non esse absolvendum patet vel ex illo Gellii loco* Lib. 7. Noct. Attic. cap. 20. *ubi librorum jam suo tempore pessime corruptorum mentionem facit. Contra, qui critices amore insaniunt, omnia, ubi vel minimam difficultatem offendunt, pro lubitu mutant atque ejiciunt, quod minime admittendum esse, etiamsi per id sensus reddatur melior, unusquisque intelligere potest, praecipue in Jurisprudentia. Scio equidem fabam ut plurimum cudi in glossatorem aut librarium ineptum ac stolidum, verum in quantum & hoc sit admittendum prudentioribus dijudicandum relinquo; meae enim tenuitatis non est talia decidere: & eodemmodo, ut hoc in transitu dicam, cautius fecisset Gregorius Maiansius jureconsultus & antecessor Valentinus, si in epistolis suis nuper iterum a G. A. Jenichen editis Lib.* v. *Ep.* 5. (*in qua libros, quos possidet, enumerat, ac eorum omnium, quasi communi suffragio jureconsultorum reipublicae censor esset creatus, censuram agit*) *egregias & doctissimas Ampl. Bynkershoekii observationes intactas reliquisset: qua fronte enim scribere potuerit, virum amplissimum* falcem criticam Cujacio & Gothofredo ademtam inclementer in venerandam vetustatem immittere *profecto nescio; nam Maiansium provocare audeo, vel unicum mihi ostendat locum, in omnibus ampl. Bynkershoekii observationibus, ubi critica absque urgente ratione ac absque ea cura & sollicitudine, qua par est, fuerit adhibita: sed haec mitto, cum viri summi scripta defensoribus minime indigeant. Id igitur verum est critices utilitatem, praesertim in jure, esse maximam, sed*

eam

eam caute & circumspecte esse adhibendam. Rem dixit paucis, sed elegantissimis versiculis in carmine in Cl. Noodtii laudem, cum ederet libellum de forma emendandi doli mali apud veteres, composito vir doctus & egregius Cornelius van Eck, hoc modo,

Sic lego, doctorum dudum est ratio ultima, saepe
Sed ratio sanae quae rationis eget.
Qui toties leges veterum, & responsa refigunt,
Saepe docent quam sint juris in arte rudes.
Sed qui Romani corrupta volumina juris
Emendatrici posse carere manu,
Et tot in affecto tolerari corpore censet
Vulnera posse, bonam non amat ille fidem.

Illud, quod de hoc criticorum genere dixi, etiam in plerisque eorum verum est, qui judicium de ipso jure nostro, ejusque auctoribus ac compilatoribus tulerunt. Scripserunt late de ejus justitia, aequitate, & praestantia vir Doctissimus Jacobus Maestertius, aliique, nihil plane iniqui aut perversi ei inesse contendentes: an non tamen omnia accuratius consideranti tale quid hic illic occurreret, admodum dubitarem; rarius tamen in veterum jureconsultorum fragmentis, quos justitiae verae custodes sacerdotesque rigidos fuisse constat; saepius in principum placitis, atque rescriptis. Ita ambigi forte posset, num satis justum sit, christiano judaeo aliquid eripienti ejus duplum tantum esse restituendum L. 6. C. de paganis, & princip. Inst. de vi bon. rapt. *cum alias sola poena merito sit tripli, & ipsi imperatores in eadem* L. 6 *recte moneant* religionis auctoritate non esse abutendum. *Sic mirari forte liceret, ob eam rationem*, quod ignoscendum sit ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemtum voluit; *de criminibus, quae sanguinis poenam ingerunt, admitti transactionem* L. 1. ff. de bon. eor. qui ante sent: & L. 18. C. de transact. & *ita pluribus in locis. Nihilominus tamen nec illorum opinio est admittenda, qui hisce plane contrarium scribere, & de legum Romanarum iniquitate agere sustinuerunt, inter quos Regnerus & quidam alii. Ita ut & hic media via sit tenenda, suis enim laborare vitiis jus nostrum negari nequit, nec mirum! cum, uti recte Imperator* de confirmatione Digestorum, omnium habere

me-

memoriam, & penitus in nullo peccare, divinitatis magis quam mortalitatis sit: *laborare tamen illud paucissimis est verissimum, & inter reliquorum populorum jura ita caput extollere, & micare,*

Velut inter ignes
Luna minores.

unde Roma merito a Claudiano de laudibus stiliconis lib. 3. vs. 136. *vocatur,*

Armorum, legumque parens, quae fundit in omnes
Imperium, primique dedit cunabula juris.

Eodem modo res sese habet quoad juris civilis antinomias, via in eo media a multis relicta. Quantum quippe antinomiarum numerum, ne alios memorem, dari voluit vel unus Wissenbachius, vir caeteroquin acuti ingenii & solidae eruditionis! quot earum, quasi speciminis loco, in unica dissertatiuncula enumeravit vir celeberrimus A. Mattheus! tot tamen inveniri antinomias quis credendum esse existimabit? Contra nulla fere in jure esse sibi contraria jam olim inter caeteros affirmare non dubitavit Accursius; inter recentiores paulo nimis quoque ab iis alienus fuisse videtur vir. Cl. Ulr. Huberus, laudandus quidem magnopere in eo, quod, quantum fieri potuit, pugnantia omnia in concordiam redigere tentaverit, sed tamen veritatis specie non carent haec celeb. A. Matthei verba in disp. 9. de fund. jur. aliter jac. &c. §. 59. & quis persuadebit ex tanto librorum juris numero, unde Tribonianus pandectas fecit, non aliqua contraria hominis incuria irrepsisse, praesertim tam angusto temporis spatio, quo is jura composuisse dicitur. *& quamvis raro ejusdem jureconsulti responsa sibi invicem esse contraria existimem, ac in hac parte vera esse, quae jureconsultus doctissimus Udalricus Zazius in* epist. *ad Cl. Cantiunculam scripsit*, complura in legibus offendi posse, quae pugnantia primis oculis appareant, si tamen introspexeris, si spicam excusseris, si ad medullam manus moliaris, omnia tibi consonantia, concordia, & junctissime amica esse comprobabuntur. *tamen cum clarissimo Hubero, qui talia nulla ejusdem jureconsulti contraria ullibi existere contendit, in* Eunomia ad L. 10. ff. de serv. Rustic. praed. & L. ult. ff. si serv. vind. *opinionem ipse suam lepide haeresin appellans, ego quidem*

affirmare non ausim, nusquam contrarios sibi esse juris legumque peritos. Nec sane insolitum adeo aut inauditum hoc esset; saepius quippe variasse Cujacium, virum nulli veterum eruditione secundum ostendit Em. Merillius, idem in Baldi, Accursii, aliorumque scriptis est animadversum. Nescio nihilominus, an non fidem aliquam pro caeteris mereri possent, quae pro Accursio protulit Baylius, dans son dictionaire critique pag. mihi 48. *ubi ita* Les contradictions, que l'on remarque dans Accurse, viennent, selon quelques-uns non pas de son inconstance, ou d'un défaut de mémoire; mais de ce qu'en raportant les diverses opinions de ceux qui l'avoient précédé, il ne faisoit connoître les auteurs que par la premiere lettre de leur nom. on veut que cette lettre étant disparue de divers endroits, ait été cause que les lecteurs aient pris pour son sentiment ce qu'il n'avoit dit que comme témoin de la doctrine d'un autre. *cum id etiam in aliis contingere potuisset. Certe hac via in ipso jure nostro plurimas leges, in quibus diversa sentientium jureconsultorum verba, tanquam unius essent, apparerent, explicavere A. Augustinus & Gulielmus Bestius. vid.* Augustin. lib. 1. emend. cap. 7. & Best. in nov. rat. emend. leg. cap. 8. & 9. *sed quidquid sit, antinomias in jure nostro dari pro certo habendum esse puto: ita ut non absque omni ratione scripserit J. Lipsius in epist.* 78. *cent. Miscell.* 3. dic sodes quam multa in jure justinianeo quae usum hodie non habent, quam multa implicata, & variantibus sententiis enodanda? quid si pugnantia quaedam dicam? sed vix ausim, & juncti umbonibus me invadant: *accurate tamen omnibus perpensis raras eas esse nemo inficias ire queat.*

Idem fere sentiendum est de Tribonianismis sive Triboniani emblematibus: quis enim credere vellet omnia, quae Franciscus Hottomannus, Anthonius Faber, & Wissenbachius odio implacabili Tribonianum prosecuti, ei imputarunt? quorum animus meminisse horret, ut & eorum, quae de illo testatur Suidas in voce τριβωνιανὸς (*scilicet*) ἐς δὲ φιλοχρηματίαν δαιμονίως ἐσπουδακώς. οἷός τε ἦν κέρδους ἀεὶ τὸ δίκαιον ἀποδίδοσθαι. τῶν τε νόμων ἡμέρας δὲ ἐκ τοῦ ἐπιπλεῖστον ἑκάστης τοὺς μὲν ἀνῄρει. τοὺς δὲ ἔγραφεν ἀπεμπολῶν τοῖς δεομένοις κατὰ τὴν χρείαν ἑκατέρου *sed causam ejus inter alios bene quidem egit vir doctissimus Joan. Wybo jureconsultus & causa-*

ſarum patronus diſertiſſimus, *in* Triboniano ſuo ab emblematibus Wiſſenbachii liberato; *imo in nonnullis ei auxilium tulit ampliſſ. Præſes Bynkersboekius in* Obſervationib. Lib. VII. & VIII. *E contrario tamen illis aſſentiendum eſſe, qui nuſquam Triboniani manus agnoſcere volunt, mihi perſuadere non poſſum, verum quaedam eum interpolaſſe certiſſimum ſtatuo; ita ut & hic medio tutiſſimus iveris.*

De caeteris juris interpretibus, & controverſiarum ſcriptoribus, quibus αἰεὶ γάρ ἔρις τε φίλη, πόλεμοί τε, μάχαί τε, *quique denſa multitudine puriorem juris civilis aërem obnubilant, quid dicam? de eorum numero facete & vere Lipſius in Epiſt. ſupr. alleg.* Amelii vetus querela an ſcomma fuit, jurisprudentiam multorum camelorum onus eſſe: quid nunc dicam elephantos ab India adde, vix ferent. *Fuere olim & adhuc inter eos ſunt ſatis multi, quibus, ut ita dicam, Juriſprudentia vitam fortunasque debet: rurſus in eorum numero inveniuntur, in quos conveniunt haec Ciceronis verba pro* Murena cap. 12. cum permulta præclara Legibus eſſent conſtituta, ea jureconſultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata ſunt. *Id certe verum eſt, quod & ipſe expertus ſum, tyronem, qui iis perlegendis ſe totum dederit, perquam felicem eſſe, ſi ex hoc turbine ſalvus evaſerit, imo ſi id quoque de veterano affirmarem, forte, quod res eſt, dicerem. Sed unde haec? quia nec illi obſervarunt illud* nequid minis. *Legum quippe ac difficiliorum juris quaeſtionum aenigmata ſolvere, veritatemque ſolidis explicationibus eruere, non vero eam infinitis* definitionibus, diviſionibus, limitationibus, ſublimitationibus, ampliationibus, *centenisque aliis figmentis cerebrinis obruere oportet: ſententiam modeſte defendere ſemper unicuique licitum fuit; ſed pertinaciter inhaerere iis, quæ ſemel ſcripta ſunt aut dicta etiamſi erroribus plena, & ab aliis jam diu refutata, eumque in finem Legum obſtantium ſenſum miſere torquere, nefas eſt: illoque vitio ſaepe veteres laboraſſe patet: De Zazio jureconſulto doctiſſimo narrat ejus diſcipulus Fichardus, pertinacem eum fuiſſe in defendendis iis, quae ſemel affirmaverat. Hujus notae fuere plures, nec deſunt in recentioribus exempla: quis enim, quaeſo riſum tenere poſſet interpretem*

ad

ad sententiam suam stabiliendam dicentem audiens, sese non curare Paulum vel Ulpianum inepte hoc vel illud contra statuentem? *& tamen saepius his verbis usus fuit Cl. Bacchovius, vir caeteroquin acutissimus & eruditissimus, sed de quo dicere licet, quod vulgo de Baldo fertur, eum saepe nimia subtilitate multa intervertisse ac perverse tradidisse. Tandem interpretes aliosque auctores sententiae, quae proponitur, confirmandae gratia adducere, legentibus utilitati est & commodo; verum vix duos proferre versus, qui non decuria eorum stipati sunt, procul dubio est taediosissimum. Ferri tamen hoc posset, nemini quippe fit injuria, ast quoties, postquam horulas aliquot illa auctorum loca evolvendo perdideris, nihil tale ibi inveneris! quod procul dubio inde, vel, quia nimia memoriae satis forte tenaci fide habita, auctore non inspecto, locum ex eo adferunt, quod & summis etiam viris & quidem saepius accidit, cujusque rei multa exempla videri queant apud* P. Carolum in Dissertatione de criticis animadversionibus ejus praefixa, *& in* utraque Praefatione S. Pitisci ante Lexicon Latino-Belgicum, *si quem haec legere non taedeat: vel, quia nimiam eruditionem affectando, ex hoc vel illo locorum communium, aliove scriptore auctores, quos nunquam viderint, & vix in rerum natura esse sciant, laudant: vel denique tertio, quia nimium festinando crassa edendi volumina studio abrepti vix verbulum in auctore quodam legunt a sententia, quam amant, haud plane alienum, quin statim eum tanquam ejusmodi quoque opinionis propugnatorem acerrimum allegent. Horum omnium exempla adducere invidiae esset, neque etiam id agere est animus: si tamen haec omnia alicui temere dixisse videar, inspiciat modo G. Bestii* novam emendandi legum rationem. *Fuit hic sane vir optimus, & qui, si fata sivissent, procul dubio multa egregia ad illustrandam jurisprudentiam protulisset. Illi praecipue in hocce libello curae, cordique fuit, ut Pandectarum, quae Florentiae sunt, auctoritatem stabiliret: miraberis ergo, si cognoveris, eum nunquam Pandectas a Taurellio editas inspexisse; nihil tamen certius est, & animadvertit id quoque H. Noordkerk jureconsultus & causarum patronus Amstelodamensis doctissimus*

in

in Observat. cap. 4. pag. 82. *cum observaverit & vere, Bestium male existimasse verba, quae in Russardi, Charondae, & Pacii editionibus hisce lineolis ıı ıı sint inclusa, Floreno tiae non exstare. Ast forte tamen quis cogitabit hoc Bestiincuria aut memoriae lapsu, quamvis crassior foret, excidisse, cum tamen scripserit* cap. 1. N. 5. pag. 8. docuit me hoc primum Laelius Taurellus in Praefatione, quam editioni suae Pandectarum Florentinarum praemisit &c. *unde verisimile videtur eum Taurellium consuluisse. Contrarium nihilominus verum reperies; nam in caeteris, quae de Taurellii editione dixerit, nonfelicior fuit vir doctus: ita quippe in* cap. 26. N. 1. *loquitur*, Laelius Taurellius vir egregie doctus, & de jurisprudentia nostra optime meritus, in Praefatione, quam praemisit editioni Pandectarum Florentinarum, notat se inclusisse notis hisce { { quae ipsi videbantur superflua: locos vero suspectos atque incertos vel a regulis Latini Sermonis alienos hoc signo [ ] demonstrasse. *Si tamen ipsum Taurellium in dict. Praef. adieris, haec ibi invenies*, quae vero superflua visa sunt his notis conclusimus ▶) *& paulo inferius*, locos vero suspectos atque incertos vel a regulis Latini Sermonis alienos hoc signo demonstravimus *) *neque notae seu signa, quae Bestius adfert, in tota Taurellii Editione inveniuntur. Solatio tamen ei esse potest socios habuisse malorum: in eosdem errores incidisse Donellum, Leoninum, J. van de Water, aliosque ostendit vir eruditissimus S. R. Jauchius* in meditationib. critic. de negationib in Pand. Florent. cap. 8. *quamvis in ipso viri docti opusculo omni laude certe dignissimo, (quo casu nescio,) in exprimendis Taurellii notis error quoque sit commissus; sic enim cap. 7. scripsit* idem Laelius in Praefatione sua commonefecit: quae vero superflua visa sunt his notis ⟨ ⟩ conclusimus prae caeteris autem etiam negationes quasdam inclusit, quod, quam bene ab eo factum sit; nunc videbimus &c. *frustra tamen ejusmodi notas apud Taurellium quaesiveris; sed e contrario ex iis, quae modo ex eo attuli, apparuit eum his signis* ▶) *superflua inclusisse: haud magni tamen momenti*

 hunc

hunc errorem esse fateor. Plura de his addere non lubet. Nec multis quoque jam ostendam, id, quod de reliquis interpretibus hactenus dixi, etiam sentiendum esse de iis, qui de veterum jureconsultorum Latinitate, & digestorum institutionumque ordine ac methodo longe lateque egerunt. Utriusque generis sunt satis multi. Prioris familiam ducit Laurentius Valla, qui aspere nimis in jureconsultos nostros animadvertit: & hercle nescio, quomodo rigidae ejus censurae, qualem agit in Lib. 6. elegantiar. *elogium convenire potuerit, quo illos exornat in* Praefat. Lib. 3. elegant: in initio, *ubi inter alia his verbis utitur*, perlegi Digestorum libros ex plerisque jureconsultorum libris excerptos, & relegi tum libenter, tum vero quadam cum admiratione. Primum quod nescias, utrum diligentiane an gravitas, prudentia an aequitas, scientia rerum an orationis dignitas praestet, & majori laude digna esse videatur, *& infra* nihil est mea sententia, quod addi adimive posse videatur, non tam eloquentiae, (quam quidem materia illa non magnopere patitur,) quam Latinitatis atque elegantiae &c. *cum tamen in* d. Lib. *6. verbis aculeatis saepius eos perstringat: ita in* cap. 59. quid tam contrarium, quam hae duae jurisconsultorum sententiae? quid magis absurdum, quam non dico inter eas non judicasse, sed eas aut ambas scripsisse aut contrarias esse non vidisse? & quanto plura in rebus, ut conjectura ducimur, esse debent cum in verbis tot sint, & tam manifeste contraria &c. *& in* cap. 60. corrumpere est illud Ulpiani atque Pomponi Latinam linguam non juvare *cap.* 64. hoc falsum esse pace horum quatuor jurisconsultorum &c. *& ita passim. Sicut autem haec Vallae censura modum excedit, ita contra nonnulli fuere, qui nimio ardore jurisperitorum latinitatem defenderunt, uti ignotus ille defensor, qui in* Praefatione *dicere non dubitavit*, jureconsultos eruditorum omnium consensu nec Ciceroni ipsi aut Vergilio quicquam debere in pure latineque scribendo. *Sed bene est, quod ipse deinde hanc sententiam mutaverit: vid. Cl. Dukerum* in opusc. de latinit. JCtorum. *Simile quid experieris in posteriori auctorum genere, quorum quidam Tribonianum, reliquosque juris architectos infinitos errores in ordine ac me-*

tho-

thodo Digestorum errasse contendunt; certe absque ratione; *quidam eos omni culpa absolvunt; nec meliori jure: quae omnia demonstrare minime est animus. Coronidis loco tantum addam ea, quae de institutionum ordine agens narrat J. Apellus in* dialogo in quatuor Libros Inst. pag. mihi 155. *ubi ita*, Caeterum, ut haec omnia melius & exactius intelligerem, adjuvit me libellus institutionum annos ab hinc quadringentos conscriptus, quibus Lotharius Saxo orbi Romano imperavit, ad eum modum qui sequitur. *Primus in ordine liber erat*, qualis etiam hodie circumfertur; sic tamen *ut Titulus de jure personarum* primum sibi locum vindicaret, *reliqui duo Tituli*, qui praecedunt, essent universae tractationis praeludia. deinde *secundus liber* usque ad *Titulum de Obligationibus* protendebatur. Tum *Tertius* ab eo loco usque ad *Titulum de Actionibus*, ita ut principium *Tituli de Donationibus, Titulum de* Legatis, reliquum vero *Titulum de Mandato* sequeretur, quemadmodum jam antea memini. Praeterea *Titulus quibus modis tollitur obligatio Titulum de actionibus* praecederet, *ultimoque loco Libri Tertii* poneretur. Postremo *Titulus de Actionibus* cum his quae sequuntur. *Liber Quartus* erat; ut nimirum luce hac meridiana clarius cernas, *Librum primum* tractationem personae, *secundum* modos, quibus dominium vel jure gentium, vel jure civili introducitur, *Tertium* contractus, delicta & quasi, ex quibus oritur obligatio, *& quartum Librum* officia & effectus tum dominii tum obligationis complecti. *Et instituta hoc ordine composita tyronibus multo faciliora fore existimat, an recte, jam non inquiro.*

Paucula nunc sunt dicenda de ipso dissertatiunculae meae instituto. Juris doctori, cum praecipue id curae esse debeat, ut regulas juris probe cognitas perspectasque habeat, haud e re fore existimavi, si ego quoque hunc honoris gradum ambiens interpretationem quorundam Ulpiani verborum ex Lege sub Titulo de reg. juris *collocata aggrederer, non hercle novam, non multa eruditione refertam, aut ab erroribus & vitiis, quae supra tetigi, plane liberam, ea praestare nec ingenii nec eru-*

eruditionis meae est, hoc Bynkersboekiis & Heineccíis relinquo, sed talem, ut dissertatiunculae inauguralis titulo satisfacere posset; id est, ut ex ea appareret, me leges, quarum scientiam profiteri sustineo, si non nocturna, saltem diurna manu pro viribus versavisse, ac eas inter se comparando illud, quod elegi, juris caput explicasse. Eum in finem dissertationem in duas divisi partes, quarum priori de dolo ac culpa *separatim egi, posteriori* ipsam Legis 23. ff. de reg. jur. explicationem *aggressus sum, ita, ut nodos in ea occurrentes ex iis, quae parte priori dixeram solvere sim conatus, ut me quasi per Ariadnes filum ex hoc Daedali labyrintho extricarem. Id autem nemini grave esse debet, me tot leges descripsisse, imo nonnunquam repetiisse, cum id necessarium mihi visum fuerit, quoniam pleraeque difficultates verba legum inter se comparando erant tollendae; neque alioquin mihi ipsi talia placent. Non dubito, quin in hisce ingenii, judicii, aut eruditionis defectu aliquoties erraverim; sed erit quod mihi gratuler, si ex scopulis, quos supra vitandos admonui, ipse satis feliciter evaserim; si vero res minus prospere successerit; nemo, uti reor, tam iniquus rerum censor erit, qui non saltem chartas hasce, cum duo vel nemo haec legat, mercibus implicandis similibusve, quod commune est dissertationum inauguralium fatum, satis aptas fore existimaverit.*

DIS-



DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS DE DOLO ET CULPA IN CONTRACTIBUS PRAESTANDA

ad

Quaedam Ulpiani verba ex Lib. 29. ad Sabinum, quae exſtant in L. 23. ff. de reg. jur.

PARS I.

CAPUT PRIMUM.

De

DOLI ETYMO, DEFINITIONIBUS, DIVISIONIBUS, ET QUIBUSDAM ILLUC PERTINENTIBUS.



Iſerte admodum Imperator Juſtinianus in Prooemio Inſtitutionum ait; imperatoriam Majeſtatem non ſolum armis decoratam, ſed etiam legibus oportere eſſe armatam; eum nimirum in finem, ut utroque tempore, & bellorum, & pacis, recte poſſit gubernari reſpublica, & per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellantur: inter quas cum praecipue ſint dolus, fraudes, ac circa res alienas

dili-

diligenter curandas negligentia, ac incuria, non incongruum erit hacce dissertatiuncula pro viribus inquirere, quomodo & hae iniquitates per tramites legitimos sint expellendae, ut secundum illud egregium juris praeceptum, in quo omnis fere consistit Jurisprudentia, suum cuique tribuatur, nec quicquam distrahatur ab ullius partis justiore repetitione.

De dolo igitur primo acturus, ejus etymon, divisiones, definitiones, & his similia, utpote nota nimis ac vulgaria, praeterire possem; sed quoniam ne in his quidem omnes viri docti conveniunt; & praeterea illud Ciceronis, *principiis cognitis multo facilius extrema intelligi.* a Gajo in *L.* 1. *ff. de O. J.* confirmatum video, de hisce quaedam sunt praemittenda.

De doli etymo ergo dixisse sufficiet, illud a Donato *ad Terentium in Eunuch. act.* 3. *sc.* 3. quicquid fremunt Isidorus, Savaronius aliique, his verbis recte tradi, *dolus a laedendo dictus est, hoc est, a dolando, id est, minuendo; nam & δόλος graece laesio dicitur, & dolones tela quaedam bellica, & dolare fabri lignum est ascia caedere.*

Dolum in bonum & malum veteres divisisse evincit *L.* 1. *§.* 3. *ff. de dol. mal.* ubi Ulpianus ita, *non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adjecit malum: quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, & pro solertia hoc nomen accipiebant: maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.* Verum de dolo bono, cum nihil ad scopum nostrum faciat, hic agere non lubet; sed de eo videri possunt G. Tholosanus *in syntag. Lib.* 21 *c.* 13. Cl. Noodtius *de form. emend. dol. mal. c.* 1. multique alii. Et proinde de dolo malo pauca quaedam excutere tantum curae nobis erit. Si quis autem ex hisce putet me negligentius egisse, si in sequentibus aliquando *dolum* dixerim solum, nec semper cum praetore *malum* adjecerim, ei respondebo cum Festo *in voce dolus*, *doli vocabulo nunc tantum in malis utimur: apud antiquos autem etiam in bonis rebus utebantur: unde adhuc dicimus, sine dolo malo: nimirum, quia solebat dici & bonus.*

Antequam autem doli mali definitiones memoro, prius examinanda venit doli divisio in *generalem* & *specialem*; quam pluri-

plurimi viri docti afferunt, *dolumque generalem* describunt *omne malum propositum, seu quamlibet improbitatem & malitiam ad alium laedendum adbibitam.* Quem omnibus delictis inesse aiunt *arg. L. 2. pr. & §. 8. ff. de vi bonor. raptor. L.* 14. §. 13. *ff. quod met. causa, L. 7. L.* 10. *ff. ad Leg. Cornel de fic. Specialem* vero recte ex Labeonis sententia in *l.* 1. §. 2 *ff. b. t.* definiunt *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum adbibitam.* Fateor veram esse hanc divisionem; veram etiam agnosco doli generalis definitionem, si scilicet dolus in abstracto consideretur: sed quoniam de hac divisione, & doli generalis definitione nusquam in Jure nostro solliciti fuere ipsi jureconsulti, dubitarem, an nobis quoque eas supersedere non liceret; praecipue, cum id summa ratione ideo fuisse veteres jurisperitos opinarer; quia nullibi de eo in jure agitur: sed audio aliquem mihi objicientem *L. 2. pr. & §. 8. ff. de vi bonor. rapt.* caeterasque allegatas, ex quibus apparet dolum generalem omnibus delictis inesse. Itane? statim ipsa legis verba inspiciemus, pancis id quod sentio praemittam tantum. Dolum simpliciter & generaliter sumtum, ut genus summum considero; dolum malum ergo, ut genus subalternum; ejus species subalternas esse existimo, dolum in contractibus, & dolum in delictis admissum; species vero eorum infimas, dolum in hoc vel illo contractu, seu delicto commissum. Verba *d. L.* 2. autem haec sunt: *Doli mali mentio hic & vim in se habet: nam qui vim facit, dolo malo facit: non tamen qui dolo malo facit, utique & vi facit: ita dolus habet in se vim, & sine vi, si quid callide admissum est, aeque tenebitur.* Non peccarem credo, si dicerem in hac lege loco doli generalis agi de dolo specialissimo. Et etiamsi haec lex ageret de dolo in omnibus delictis admisso, non puto ideo magis dolum illum *generalem* dicendum esse, quam dolum in contractibus commissum. Reliquae LL. alleg. eodem redeunt, & proinde salvo doctiorum judicio, cui semper, uti decet, me lubens subjiciam, hanc divisionem hoc loco proscriberem: uti quoque illam omiserunt viri Cl. Bacchovius,

vius, *ad h. t.* Voetius *eod. t.* Noodtius *de form. emend. dol. mal.*, atque Schultingius, & Heineccius *ad h. t.*

Quemadmodum ergo secundum dicta ubique, ita etiam in hac nostra lege agitur de *dolo speciali*, in contractibus nimirum admisso: quem expositurus, cum Antonio illo apud Ciceronem prius id faciam, quod in principio fieri in omnibus disputationibus oportere censeo; ut quid illud sit, de quo disputatur, explanetur; ne vagari, & errare cogatur oratio, si ii, qui inter se dissentiant, non idem esse illud, de quo agitur, intelligant.

Gallus ille Aquilius, qui primus secundum Ciceronis testimonium *Lib.* 3. *de offic. c.* 14. de dolo malo formulas protulit, cum esset rogatus, quid sit dolus malus? respondebat, *cum aliud simulatum est, aliud actum.* Et quemadmodum ea, quae ab amico, & quidem familiari, dicuntur, plerumque grata sint, & accepta, haec definitio adeo Ciceroni placuit, ut de ea testatus sit, *hoc luculenter & ab homine definiendi perito dictum esse.* Sic eloquentiae ille pater, nimia forte amicitia in perversam sententiam abreptus. Verum id non contigit Galli hujus auditori Servio Sulpitio viro sagacissimo, (in cujus laudes similiter excurrit Cicero in *orat. Philipp.* 9. *c.* 5.) qui hanc doli definitionem angustam nimis esse existimans paulo plenius, retentis quoque magistri sui verbis, dixit; *dolum malum esse machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur & aliud agitur.* uti nos docet Ulpianus in *L.* 1. *§.* 2. *ff. de dol. mal.*, qui simul tamen subjicit accuratiorem & sibi magis probatam viri egregii Labeonis definitionem una cum ejusdem super illa Servi censura, cum eodem §o. pergit, *Labeo autem, posse & sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse & sine dolo malo aliud agi, aliud simulari: sicuti faciant, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant, & tuentur sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* (& addit) *Labeonis definitio vera est.* An igitur ex Ulpiani sententia Servii definitionem minus veram pronun-

nuntiabimus? an credere fas erit illum non satisfecisse difficultatibus a Labeone motis addendo verba *machinatio quaedam alterius decipiendi causa?* ita videtur; licet contrarium placuit Hottomanno *Lib.* 1. *observ. c* 20. & *Lib.* 4. *observ. c.* 4. qui putat irreptitia esse haec verba, & quem sequitur Cl. Bacchovius *ad h. t. c.* 1. *N°.* 3. existimans, aliquem forte hoc fecisse ad adjuvandam Servii definitionem: nam quaeso quis adeo insulsus fuisset, ut id agere voluisset, quod jam ab ipso Labeone actum videret, ac proinde eum ineptum reddere censorem, cum ignoranti hoc videretur tunc Labeo carpsisse definitionem a Servio recte traditam? credat hoc Judaeus Apella non ego. Aliam viam ingressus est Raevardus ad *L. nostr.* 23. *ff. de R. J.* qui contendit Labeonem ac Ulpianum non reprehendisse Servii, verum Galli Aquilii definitionem. Certe in ejus sententiam pedibus eundum fuisset, nisi clarius Lumen nobis affulsisset ex Cl. Noodtii Libello *de form. emend. dol mal.* qui in *cap.* 2. egregie observat ambiguitatem per verbum *decipere* minime tolli, cum illud aeque in bonam ac malam partem sumatur: (uti hoc illustrat exemplo ex Lucretio *lib.* 1. *de Rer. natur. vs.* 936) atque hoc etiam olim non latuit perspicacissimis Labeonis ac Ulpiani oculis. Quorsum autem haec omnia? credo eo, ut ostendatur Labeonem & Ulpianum merito Servii definitionem reprehendisse, ac ut minus accuratam rejecisse. Contrarium tamen, docet ipse Cl. Noodtius *dict. loc*, & contendit, nec Labeonem, nec Ulpianum a Servii definitione recedere, minusque Labeonem illam erroris convincere, etsi dubitationem, quam in ea facere videbatur exempli demonstratio, plurium adjectione illustret. Ego, licet lubens auctoritati tanti viri cedam, hanc rem tamen non ita expeditam esse reor; quis enim facile crederet Labeonem tam perversi fuisse ingenii ut definitionem minus sibi accuratam visam, (uti revera non est quemadmodum ipse fatetur Noodtius,) & in qua duplicem errorem ostenderit, retinere voluisset? quis inquam suspicaretur Labeonem grammaticae, dialecticae, ac originis vocum cognitione ex Gellii testimonio nulli secundum probare potuisse defini-

finitionem verborum ambiguitate obscuram, & ab exemplo tantum desumtam, cum recte illam demum definitionem perfectam esse docet Cicero *ad Herennium lib.* 4. quae omnem rei cujuspiam vim & potestatem dilucide proponit, & breviter explicat: & alibi, in verborum definitionibus nec abesse quicquam debere nec redundare? quorsum denique nova haec Labeonis definitio, si mens ei fuisset Servii retinere, sed illam tantum exemplis illustrare, & ab omni cavillatione vindicare? praeterea non minus Labeonem quam Ulpianum Servii definitionem rejecisse ipsa Legis verba clare evincunt, cum ait Ulpianus, *Labeo autem &c.* semper fere enim conjunctio illa *autem* in jure nostro est adversativa, & nota contrarium sentientis, non vero exemplis illustrantis, cum ita adhibetur; ubi plurium sententiae memorantur. Eodem quippe modo Paulus *in L.* 2. § 4. *ff de aqua & aq. pluv. arcend. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat, vel reponi sinat. Idemque putat, etsi manu factus fuit, neque memoria ejus exstaret: quod si exstet; putat aquae pluviae arcendae ratione eum teneri.* Labeo autem, *si manufactus sit agger, etiamsi memoria ejus non exstat, agi posse ut reponatur:* Sic etiam Venulejus *in L.* 138. *ff. de V. O. eum, qui certarum nundinarum diebus dari stipuletur, primo die petere posse Sabinus ait.* Proculus autem, *& diversae scholae auctores, quamdiu vel exiguum tempus ex nundinarum spatio superesset, peti posse existimant.* & tandem ipse Ulpianus noster in *L.* 5. §. 8. *L.* 9. *ff. quod vi aut clam. haec verba, quod vi aut clam factus est, ait Mutius ita esse, quod tu, aut tuorum quis, aut tuo jussu factum est.* §. 9. Labeo autem *ait plures personas contineri his verbis*, &c. plura addere non lubet, quia nimium jam clarescere puto Servium ac Labeonem plane diversa sentiisse, cumque Labeone fecisse Ulpianum. cum ille subjicit, *Labeonis sententia vera est.* nisi tamen haec aut similis loquendi formula veteribus forte, etiam cum inter se non dissentiunt, usitata fuit: quale quid ex *L. ult. ff. si serv. vind.* & *L.* 10. *ff. de servit. praed. Rust.* observari posse arbitratur

ce-

celeberrimus Noodtius *in dict. lib. 2. de form. emend. dol. mal. c.* 2. cujus verba ob memoratas leges, quae Accursio aliisque fuere tormento, adscribam: „ nec est quod offendat loquendi forma, *Labeonis sententia vera est.* non enim est veteribus inusitata? & occurrit talis aut similis in *L. ult. ff. si serv. vind.* quae est *Labeonis lib.* 1. *pithanωn a Paulo epitomatorum.* In ea sane lege ait Labeo, *si qua aqua nondum apparet, ejus iter ductus constitui non potest.* Et mox subjicit Paulus, *imo puto idcirco id falsum esse, quia cedi potest, ut aquam quaereres, & inventam ducere liceret.* Nec tamen quicquam improbat Paulus. nam eandem esse utriusque & Labeonis & Pauli sententiam, quis felicius meliusque ipso ostendat Paulo? atqui is in *L.* 10. *ff. de serv. Rustic. praed.* eodem prorsus ore loquentem facit Labeonem. Verba Pauli, si quis desideret, haec sunt. *Labeo ait talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere & inventam ducere liceat: nam si liceat, nondum aedificato [aedificio,] servitutem constituere, quare non aeque liceat, nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? & si ut quaerere liceat cedere possumus, etiam ut inventa ducatur cedi potest.*" Hactenus vir Clarissimus: verum fateor, me non satis intelligere, qua ratione dici possit Paulum in *dict. l. ult.* nihil improbare, & in eadem cum Labeone fuisse sententia; quia utique dicit falsum esse id quod scripserat Labeo, *Si qua aqua nondum appareat ejus iter ductus constitui non posse.* & simul subjicit rationem, quia nimirum *cedi potest ut aquam quaereres & inventam ducere liceret.* quod ipse concedebat Labeo in *L.* 10. *ff. de serv rust. praed.* uti Paulus ibi ex ejus *Lib.* 1. *pithanωn* adnotaverat? sed quo magis dicta clarescant, verbo videndum, unde aqua adeo haeserit in iis legibus Accursio, ut Labeonem sibi in hisce contrarium fuisse palam dicere sit ausus *ad d. L.* 10. en id quod ei forte obstitit. Sciebat Accursius iter ab aquaeductu bifariam distingui, nimirum, vel significare jus ad aquam hauriendam *L.* 16. *ff. quemad. servit. amitt.*, vel rivum, per quem aqua dicitur *L.* 19. *ff. eod.*, priori autem sensu non convenire *d. L. ult. ff. si serv. vind.*,

vind., posteriori vero non ab aquaeductu *in d. L.* 10. *ff. de serv. praed. rust.* memorato re ipsa differre existimabat: superérat ergo nihil, quo Labeonem excusare poterat; cum uno loco talem servitutem aqua nondum apparente constitui posse affirmaret, alio loco negaret. Plurimi tamen deinceps fuere, qui hanc pugnam componere sunt conati, & plerique in eo convenere, Labeonem in *d. L.* 10. de ipsa aquaeductus servitute constituenda, in *L. ult.* vero de modo itineris seu rivi, per quem aqua ducitur, locutum fuisse: verum ob quam rationem ille posteriori loco tale iter constitui posse negaverit, ut & de aequitate rationis, ob quam in eo a Paulo notatus fuerit, dissentiunt. Sunt, qui Paulum virum candidum scelerisque purum doli hoc loco reum pronuntiant, utpote qui Labeonem, qui diserte dixerat, *iter ejus ductus aqua nondum apparente constitui non posse* mero contradicendi studio carpsisset. Sint inter hos accusatores viri Cl. Bacchovius *ad Treutler. part.* 1. *disp.* 17. *thes.* 5. *litt. A.*, & Anth. Faber in rationalibus suis *ad h. ll.* Pauli nomine nihilominus cum illis agam, licet hoc ipso instituti nostri terminos paululum excedere cogar: Antequam autem meam de hac re sententiam exponam, prius honoris causa Cl. Huberi, & Wissenbachii opiniones, si forte & hae magis alicui placere possent, memorabo, Cl. Huberus in eunomia ad has *ll.* postquam Goveani de his legibus sententiam recte refutaverat, ita suam proponit, (ipsius quippe Huberi verbis licet contractis utar,) „ nihil simplicius & rectius est,
„ quam distinguere inter causam, & modum acquirendi servitutem, quando igitur Labeo statuit in *L.* 10. servitutem aquaeductus ante aquam inventam constitui, hoc est, promitti
„ posse actu primo, non ideo concessit eum actu secundo &
„ exercito acquiri posse; atqui iter sive rivus illuc pertinet, quem
„ negans Labeo non ideo sibi contradicit in L. 10. ubi de promissione tantum loquitur. (& pergit deinde) Atque hinc
„ forte non immerito ambigi posset, num satis peremtoria
„ sit Pauli ratio, Labeonem refellentis ex eo, quod ille con-
„ cesserat servitutem posse constitui, ut aquam quaerere &.

„ in-

„ inventam ducere liceret, inde sequi iter etiam ductus con-
„ stitui, id est rivum, quo aqua ducatur, deprimi & effodi:
„ sed ne hoc ad novam in Paulum censuram tendere vide-
„ atur, eam rem juris periti lectoris arbitrio committemus.
Caute profecto, ne quicquam eunomiae suae adversum facere videretur vir celleberrimus, hoc lectoribus dijudicandum reliquit; ipse enim sentiit ineptissimam Pauli rationem *in d. L. ult.* subjectam esse, si ita capiantur Labeonis verba, quod quisque intelligere queat. Videamus ergo num melius Labeonis mentem intellexerit Cl. Wissenbachius *ad h. t. disp.* 20. *N°*. 17. qui non sequitur sententiam Goveani, uti existimat Huberus, sed qui putat hoc *in d. L. ult.* negasse Labeonem, quia praematurum consilium esse putabat prius agi de Loco, per quem aqua duceretur; quam illa quaesita, & inventa esset. Verum Paulum ejus sententiam non probare, quia si valet pactum, ut aquam tibi quarere & inventam ducere liceat. quidni etiam adjungi poterit, ut eam per certum ac definitum fundi Locum ducere liceat, aut vero per certum, modum puta per rivum apertum aut lapideum &c.? Ita Wissenbachius, cujus opinio mihi nequaquam probabilis videtur, praecipue, cum, si is horum verborum sensus sit, certe Labeo vir optimus & prudens, quando ea scriberet, nugatus fuisse videatur. Nam primo, cur magis praematurum est de itinere ductus pactum interponere, quam de ipsa aqua ducenda, de qua plane adhuc incertum erat, an quidem inveniretur? quare, inquam, magis, quam pactum de servitute domui imponenda, cujus forte aedificatio nunquam perficeretur? certe si consilia praematura Labeoni displicuissent, haec non probasset. Sed deinde, qua fronte Labeo juris legumque peritissimus tale pactum fieri posse negasset, cum nusquam in jure pacta, licet praematura admodum, dummodo sint justa ac legitima, prohibeantur? nec mirum, quandoquidem partium consensu perficiuntur. Verum denique tertio, quomodo praesumendum est de tali pacto cogitasse jure consultum cum illud fere inutile, ne dicam, ineptum esset? quorsum enim pactum certo de loco, aut modo itineris, antequam sciatur, ubi

ubi Locus erit? incertum quippe est ubi aqua invenietur, uti hoc recte animadverterunt Faber atque Bacchovius. Alii ergo aliter Labeonem capiunt. Inter quos, si mihi quoque id, quod sentio, palam profiteri liceat, & Paulum, & Labeonem ab ineptiis liberatum iri forte spes erit. Loca quippe haec ita interpretor. Labeo in *d. L.* 10. uti nobis refert Paulus, dixerat servitutem talem constitui posse, ***ut aquam quaerere & inventam ducere liceret.*** quod ipse Paulus probaverat, adducto, ut hujus rei veritatem assereret, exemplo pacti de servitute domui nondum aedificatae imponenda, quod jure erat permissum. Quaesitum deinde erat in *d. L. ult.* si jam locus ubi vena aquae lateret, ex certis indiciis esset detectus, an jam statim ad rivulum, seu iter ejus ductus faciendum procedere liceret? quod Labeo in *d. L. ult.* fieri posse negabat, quamdiu *ipsa aqua nondum appareat*, quod probe notantandum est, non dicit, *si aqua nondum inventa sit*, quibus verbis in *d. L.* 10. fuerat usus, sed *si nondum appareat.* Verum quid ita; quia Labeo, quem accuratissimum atque perspicacissimum fuisse supra apparuit, causa proxima adhuc in totum revera non existente, ad effectum ejus nondum recte procedi posse existimabat; cum pactioni plene satisfactum non videretur, quamdiu ipsa aqua non appareret. & licet hoc non omni ratione esset destitutum, attamen Paulus illud idcirco falsum esse putavit, *quia cedi potest*, *ut aquam quaerere, & inventam ducere liceat.* & recte. Ita quippe argumentatur. Si hoc cedi possit, ut aquam inventam ducere liceat, & tale pactum factum sit, illud certe non egreditur, qui cum locum invenerit, ubi aqua lateat, iter conficere incipiat, licet ipsa aqua nondum appareat statim: Hoc modo Labeo, atque Paulus mihi quidem calumniantium iniquitatibus sic satis liberati videntur, an ulli alii, ignoro. Id spero, si quid perverse dixerim, me hominem omnibus, & ingenii, & eruditionis, copiis destitutum, facile veniam impetraturum. Interim in viam redeo, qua Pauli vindicandi studio longius fere aberraveram. & ad alium alicujus momenti scrupulum sententiae supra a me de doli mali definitione propositae injectum, removendum

mo-

movendum me accingo. Dicet enim forte quis, si verum sit Labeonem & cum eo Ulpianum Servii definitionem rejecisse, quid ergo est, quod idem Ulpianus in *L. 7. §. 9. de pactis* utatur Pedii definitione, quae eadem est ac Serviana, illamque proinde aperte probet? Ulpianum Pedii definitione uti in *d. L. 7. §. 9. ff. de pact.* fateor, verum an illa simpliciter utatur, ut &, an ea plane eadam sit ac Servii definitio, paullo accuratius est considerandum. Verba legis, si quis desideret, haec sunt. *Dolo malo praetor ait pactum se non servaturum. Dolus malus fit calliditate & fallacia; & ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur, aliud agi simulatur.* Supra apparuit Labeonem, cumque eo Ulpianum in Servii definitione duos errores reprehendisse, unum, quod sine simulatione id agi possit, ut quis circumveniatur: alterum, quod sine dolo malo aliud agi aliud simulari queat. (nam Servium per verbum *decipere* ambiguitatem non satis sustulisse a Cl. Noodtio est animadversum, uti supra jam diximus) an tamen eosdem errores in hac Lege non vitasset Ulpianus? non credam, & rationem subjiciam. Ulpianum nimirum in animo hoc loco non habuisse existimo doli dare definitionem stricte ita dictam, cum de ea late admodum egerit, ubi de dolo commentatus fuerit; sed tantum, quod hic fere ubique agit, explicare verba Edicti a praetore de pactis propositi; & hoc ipsa ejus verba evincere puto: non enim aliter dixisset *dolus fit &c.* verum *dolus est, vel definitur*, uti in *L. 1. §. 2. ff. de dol. mal.* & tunc uno spiritu protulisset definitionem; sed hic tantum quasi verborum praetoriorum interpres, in transitu docet, dolum illum in pactis fieri calliditate & fallacia. quando? cum nempe per veri dissimulationem quis circumveniatur. & ita his verbis indicat casum in Servii definitione omissum & a Labeone notatum, cum dixit, *posse id agi ut quis sine simulatione conveniatur.* Deinde ait, *dolo malo pactum fit quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur, aliud agi simulatur*, uti vult Pedius. quando? cum sc. per falsi simulationem quis circumveniatur. adverte animum

lector

lector Pedius non usus fuit verbo *decipiendi*, verum *circumscribendi*, quo tollitur ambiguitas quae secundum Cl. Noodtium verbo *decipiendi* a Servio adhibito inerat, & a Labeone erat reprehensa; quia nimirum *sine dolo malo aliud agi aliud simulari poterat*, & proinde in eo Pedii definitio a Serviana differt. Verbum enim *circumscribere* hoc sensu, neque a jureconsultis, neque ab aliis auctoribus in bonam partem, uti verbum *decipere*, usurpari, ex innumeris fere locis apparet, ex quibus unum tantum atque alterum adduxisse sufficiet. Ita Paulus in *L.* 17. §. 1. *ff. de except. rei judic. si quis fidejusserit pro minore* 25. *circumscripto &c.* & in *L.* 16. *ff. de dol. mal. scire enim debet actor, in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari.* in *L.* 33. *ff. de re judic.* Divus Hadrianus *si qua a judice tam malo exemplo circumscripto judicata sunt, in integrum restitue.* Sic quoque Cicero *lib.* 3. *de offic. c.* 15. *circumscriptio adolescentum lege Laetoria vindicata erat.* & *pro Flacco c.* 30. *emptiones falsas aperta circumscriptione fecisti.* cumque his conveniunt verba Senecae *Excerp. 6. controvers.* 3. *circumscriptio semper crimen sub specie legis involvit* & Quinctiliani, vel quisquis fuerit, in *declam.* 103 *non tamen erit dubium circumscriptionem esse inevitabilem fraudem.* eodemque modo Juvenalis canit *Satyr.* 10. *vs.* 222.

Quot Basilus socios, quot circumscripserit Hirtus
Pupillos?

& in *Satyr.* 14. *vs.* 235.

Et spoliare doces, & circumscribere,

Plura adducere taedium foret, cum ex hisce satis apparere puto, verbum *circumscribere* hoc sensu proprie in malam semper accipi partem. Et ita verosimillimum existimarem, Ulpianum in *d. L.* 7. §. 9. *de pact.* minime eadem Servii definitione, quam in *L.* 1. §. 2. *ff. de dol. mal.* memoraverat usum fuisse; sed e contrario illam ex sententia Labeonis improbasse, & ut parum accuratam rejecisse, dolumque

lumque cum Labeone describendum statuisse, *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, decipiendum, fallendum alterum adbibitam.* Nec lubet hic porro adducere ea, quae Cl. Busius in *subtilitat. juris Lib.* 1. *c.* 19. pro sententia jam refutata parum, ut mihi videtur, subtiliter adfert; sed affirmabo potius in hac definitione nec abesse quicquam, nec redundare, illamque rei vim, ac potestatem dilucide proponere, & breviter explicare, secundum Ciceronis de definitione praecepta: summoque ideo jure defendisse, & a quorundam cavillationibus eam egregie vindicasse Cl. Ulr. Huberum in *digress. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 25. & meruisse certe videtur hic Labeo elogium ei a Gellio *lib.* 13. *c.* 10. tributum, cum in rebus accuratissime, ideoque Paullo fusius definiendis excelluisse videtur, ita enim eodem modo in *L.* 6. §. 3. *ff. de edendo, rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem.* & in *L.* 2. § 5. *ff. de his qui notantur infam. Scaena est, ut Labeo definit, quae ludorum faciendorum causa, quolibet loco, ubi quis consistat, moveaturque spectaculum sui praebiturus, posita sit in publico, privatove, vel in vico, quo tamen loco passim homines spectaculi causa admittantur.* Sed haec de Labeone sufficiunt. Probe scio, & Baldum, & alios quoque doli definitiones dedisse, sed nunquam mihi placet ex rivulis aquam haurire, cum ipsam fontem adire liceat.

Hactenus de doli definitione: hisce coronidis instar adjungere ea, quibus Ulpianus in *d. L.* 7. §. 10. *ff. de pact.* Edicti praetorii verba ulterius exposuit, subiit voluptas; alienum scilicet non est ab hoc loco. Verba Edicti haec erant, *pacta quae neque dolo malo &c. facta erunt, servabo.* Ad quae Ulpianus in *d.* §. 10. ita *sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adjicit. Sed eleganter Labeo ait, aut hoc iniquum esse, aut supervacuum: iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit: inest enim & dolo fraus.* Haec Ulpiani & Labeonis verba Cujacius

cius in comm. ad h. l. explicat. sensum explicationis Cujacianae Celeb. Bacchovius ad *ff. de pact. ad h. §. pag.* 688. hisce verbis proponit: *fraus est damnum, vel a fallacia alterius, vel ab eventu rerum, sine fallacia. prima acceptione continetur sub dolo malo: & adeo supervacuo edixisset praetor de fraude: posteriori inique edixisset: nec enim aequum est, ut creditor, qui quid remisit, imputet eventum.* Sed varias contra hanc Cujacii explicationem movet difficultates d. L. Bacchovius: & primo illud se capere non posse fatetur, quomodo recte pactum quod est, dici queat fraudandi causa pactum. Sane si his verbis significare voluisset Jureconsultus, pactum eum in finem adjectum, ut quis circumveniretur, aut damnum acciperet, procul dubio minus accurate locutus fuisset; nam licet verum sit, quod scripsit doctissimus Bestius in *nov. rat. emend. leg. c.* 3. *N.* 10. pactum de non petendo faciendo creditorem iniisse pactum sibi damnosum; attamen si id bona fide factum sit, non recte dicitur tale pactum adjectum esse damni alicui inferendi causa. Longe ergo aliter haec verba accipienda esse reor: nimirum, insolitum non fuit veteribus *causam rei* pro *re ipsa* ponere; non adducam, ut hoc confirmem Alb. Tibulli locum *lib.* 3. *eleg.* 2. *vs.* 29. & 30. cum nolim litem movere eruditissimo Brockhusio, potius dicam centies ita locutos fuisse jureconsultos, ut *causam possessionis*, *causam pignoris*, &c. pro *possessione* & *pignore* dixerint; quod notum adeo est, ut nulla confirmatione indigeat? exempla vid. apud Brissonium de *verborum significatione* in voce *causa*. Ita ergo intelligendus hoc loco Ulpianus, quasi scripsisset, *si pactum adjectum sit, & fraus id est damnum deinde ex eo oritur.* tunc enim perspicua & omni difficultate libera sunt haec Jureconsulti verba: nullius enim momenti est, quod ait Bacchovius, *fraudem* insubtiliter *pro damno* poni; cum hoc optimorum etiam auctorum auctoritate sit suffultum, uti ex uno atque altero Ciceronis loco ostendit Bestius; cui addam Horatium *lib.* 2. *Od.* 19. *vs.* 18. & *seqq.*

Ta

Tu separatis uvidus in jugis
Nodo coerces viperino
Bistonidum sine fraude crines.

& *in carmine seculari vs.* 41.

Cui per ardentem sine fraude Trojam
Castus Æneas patriae superstes
Liberum munivit iter.

*Altera viri acutissimi objectio est, male pro ratione, cur praetor de fraude mentionem non fecerit, afferri dolo inesse fraudem, cum fraus latius quam dolus pateat, sicut etiam culpa; & proinde idem esse, ac si quis diceret, in dolo inest culpa, ergo non debuit edici de culpa. Non respondendum hic quod Accursio olim placuit, fraudem esse doli speciem, ideoque ei inesse; nam cum fraus hoc loco pro damno ponatur, minime est doli species, verum est proprie doli effectus: sed arripienda est diserta Bestii horum verborum interpretatio, qui optime observat ideo *fraudem dici inesse dolo*, quia Edictum non agit, nisi de dolo, qui effectum sortitus est, & quando damnum, cujus inferendi causa dolus committitur, re ipsa est illatum, cum caeteroquin cogitationem leges non puniunt *L.* 18. *ff. de poenis.* & ita merito Labeonis & Ulpiani nomine injuriarum cum Bacchovio agi posse existimo, cum reliqua, quae movet, dubia nullius fere sint momenti, unde pluribus eorum defensionem contra ea suscipire minime quoque est necessarium.

Absolutis iis, quae ad doli mali definitionem pertinere videbantur, memoranda est una atque altera doli hujus divisio, quae non ex Jovis, aut veterum Jureconsultorum, sed ex interpretum cerebro prosiliere. Et quidem primo doli divisio in *verum* & *praesumtum*, quam inter alios probasse videtur Corasius *lib.* 4. *Miscell. c.* 1. in eo Bartolum secutus. *Verum* describunt, *qui manifestis indiciis*; *praesumtum, qui indiciis & argumentis probabilibus probatur.* Inter plu-

plurimas, quae hanc divisionem suadere videntur, leges, praecipua est *L. 32. ff. depositi*, ubi Celsus ita, *quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.* in hac lege enim, si usquam, videtur memorari *dolus praesumtus;* nam si lata culpa non est dolus, uti revera non est, neque in civilibus, neque in criminalibus, & nihilominus Jureconsultus illam dolum esse ait, certe inde nasci videtur *dolus praesumtus.* Verum minime haec divisio est admittenda; nam aut initio, aut effectu inspecto, culpa lata *dolus praesumtus* dicenda est: si initio, illud Logicorum hic locum habet, a posse ad esse non valere consequentiam. posse enim, imo nonnunquam probabile esse latam culpam absque dolo haud committi recte existimarunt Jureconsulti, ideoque quoad effectum doli loco habendam esse caute statuerunt, dolum tamen esse vel *verum* vel *praesumtum* nusquam dixerunt; imo eam expressis verbis a dolo separarunt, uti infra ex pluribus apparebit locis; quia, cum unusquisque donec malus non probetur, probus praesumendus sit, & diserte rescripserint imperatores in *L. 6. C. de dol. mal. dolum ex insidiis perspicuis docendum, & probandum esse*, illud doli praesumti nomen jure civili locum habere nequit: si autem quoad effectum lata culpa *dolus praesumtus* vocetur, invitis hoc fit, ac repugnantibus ipsis Jureconsultis, qui simpliciter tunc *dolum* illam vocarunt; & ita revera est, cum quoad effectum nulla sit differentia, unde merito haec divisio videtur rejicienda.

Altera succedit doli distinctio in *personalem* & *realem*, sive, qui sit ex proposito, & qui sit ex re ipsa, quam fundamento *L. 36. ff. de V. O.* excogitarunt. Inspiciamus Legis verba, quae sunt Ulpiani, *si quis cum aliter convenisset eum obligari aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest;*

quia

quia enim per dolum obligatus est, *competit ei exceptio. Idem est*, *si nullus dolus intercessit*, *sed ipsa res in se dolum habet*, *quum enim quis petat ex ea stipulatione*, *hoc ipso dolo facit*, *quod petit.* Profecto, nisi Celsus monuisset, *scire leges non hoc esse verba earum tenere sed vim ac potestatem*, lubens hanc divisionem admitterem, jam vero illam rejiciendam puto: quid enim ob verba *sed ipsa res in se dolum habet* statuemus *dolum dari realem?* cum illa meo quidem judicio nihil aliud significent, quam ipsam rem doli occasionem praebuisse, aut occasione rei dolum ortum esse; sed quomodo? per hominem, qui occasione illa, quam ei res praebuit, utitur: & hoc est, quod jureconsultus in fine dicit, *cum enim quis petat ex ea stipulatione hoc ipse dolo facit*, & in *L.* 2. §. 6. *ff. de dol. mal. & met. except. nam etsi inter initia nihil dolo malo facit*, *attamen nunc petendo facit dolose &c.* Praeterea etiamsi dolus realis daretur, minime posset esse species doli in *L.* 1. *ff. de dol. mal.* definiti, calliditas quippe, fallacia, & machinatio in re inanimata locum habere non possunt, uti hoc recte observat *ad h. t.* Bacchovius *c.* 1. *N.* 5, qui tamen caeteroquin non alienus videtur a dolo reali, si scilicet subjiciatur generi aliter definito, & quidem ita, *quatenus accedit*, *aliquid quod facit*, *ut alter improbe lucrum captare videatur.* Sed mihi haec non adeo placent, verum hanc divisionem quoque relegandam esse existimo.

CAPUT SECUNDUM.

De

DOLI IN CONTRACTIBUS ADMISSI COERCITIONE.

Hactenus de dolo, ejusque divisionibus: quomodo autem ille per tramites legitimos coercendus sit, ac expellendus, exponere jam ordo postulat.

Ante

Ante omnia ergo in medium proferenda est doli divisio, quae, quoad coercitionem ejus attinet, plurimis placuit, & ad huc placet; quod *dolus* nimirum sit vel *causam dans contractui*, vel *in eum incidens. Dolus dans causam contractui* dicitur, cum quis dolo ad contrahendum inducitur, qui caeteroquin contracturus non fuisset: *dolus* vero *incidens*, cum quis sponte contrahens in ipso contractu decipitur. Priorem doli speciem in contractibus bonae fidei admissam illos reddere ipso jure nullos, in contractibus stricti juris autem actioni vel exceptioni doli locum facere ajunt; per posteriorem vero contractus bonae fidei non fieri ipso jure nullos, sed in iis purgari dolum illum incidentem, vel actione ex ipso contractu descendente, vel exceptione doli, in contractibus vero stricti juris, in quibus haec distinctio locum non habet, similiter actione, vel exceptione doli contendunt, variis pro hac sententia adductis legibus, quarum quaedam mox erunt memorandae. Celebris est haec distinctio, & multorum auctoritate suffulta, mihi tamen semper displicuit; rationes sunt in promtu, quas ut clare, & distincte exponam, rem ab origine paucis repetere cogar, premens Cl. Noodtii vestigia, qui mihi hic praecipue ad partes vocandus erit.

Cum stricti juris rigor summus apud veteres Romanos fuerit, mirum videri alicui non potest, eum, qui tunc temporis in stricti juris negotiis dolo malo erat circumscriptus, obligari nihilominus, nec ullo modo liberari posse, nisi tamen stipulationem interposuerat, *dolum malum abesse, abfuturumque esse*, quo casu actione ex stipulatu sese defendere poterat. Aperta haec sunt ex Cicerone *lib.* 3. *offic. c.* 15. ubi ille, postquam narraverat Caninium equitem Romanum in emptione hortulorum, quae deinceps in litterarum obligationem transfusa erat, ab argentario quodam fuisse circumscriptum, ait, *quid faceret? nondum enim Aquilius collega & familiaris meus protulerat de dolo malo formulas.* Persuadere attamen hoc sibi non potuit Cl. Voetius ad *tit. de dol. mal. N.* 6, qui haudquaquam probabile exi-

existimat tantae iniquitatis fuisse veteres Romanos, & jureconsultos, ut usque ad Ciceronis tempora dolum impunitum reliquissent; illudque ex illo Ciceronis loco minime evinci posse putat, cum ibi non stricti juris, sed bonae fidei contractus intercesserat, emtio nimirum & venditio: sed vellem ne hoc dixisset vir ille egregius, cum aperte adjiciat Cicero, nomina facta fuisse, id est, emtionem ibi novatione facta in litterarum obligationem, quae stricti juris est, fuisse transfusam, uti hoc etiam animadvertisse video virum doctum J. Wolbers in *observ. suis c.* 4. nec ideo quoque iniquitatis suspecti habendi sunt veteres juris antistites, cum utique unicuique licitum esset contra dolum se tutum reddere stipulatione interposita, atqui quilibet sollicitus esse debet, ut id curet, quod sua interest, cum semper ea stricti juris contractuum sit natura, ut non plus praestare quis teneatur, quam in stipulationem sit deductum. Hoc igitur jure civili obtinuit: sed cum paulatim praetoribus permissum fuerit jus civile adjuvare, corrigere, vel supplere, teste Papiniano in *L.* 7. *§.* 1. *ff. de J. & J.* deinde, a Gallo Aquilio formulis de dolo malo prolatis, uti narrat Cicero *loc. sup. alleg.*, id est, actione & exceptione doli, praetores Aquiliani Edicti aequitate moti ita jus dicebant, ut, cum actori jure civili darent actionem, reo contra arguenti eius dolum malum doli exceptionem permitterent; quo ipso tamen ejusmodi contractus, etiamsi dolo initus, jure civili valere, ac obligationem, & actionem producere non desinebat, cum praetores edictis suis jus populi tollere non possent, sed tantum per jus praetorium effectu destituebatur, & proinde, uti egregie observat Noodtius *de form. emend. dol. mal. c.* 5. quoad agendi modum insignis manebat differentia, utrum nulla esset ipso jure actio, an praetoria exceptione infirmaretur; nam priori casu sufficiebat reum in jure apud praetorem, ubi ab actore conveniebatur, inficiari debitum; tum enim, nisi judici in judicio ab actore probaretur esse sibi actionem jure civili adversus reum vel si a reo demonstraretur esse eam desiisse, ipso jure a judi-

ce absolvebatur, permittente formula, *quod non pareret reum actori secundum juris regulas debere L. 9. C. de except.* posteriori casu, si deceptor postulabat sibi contra reum actionem dari, & judicem, eique puram praescribi formulam, *si paret reum dare facere oportere ex stipulatu condemna*, reus debebat statim exceptionem doli mali ei objicere, & simul ei a praetore petenda erat insertio ejus exceptionis formulae, sc., *si in ea re nihil actoris dolo malo factum esset L. 2. §. 1. ff. de dol mal. except.* si autem petere hoc neglexisset, condemnabatur, & frustra postea illam objiciebat. Unde tamen animadverti potest, praetoribus, licet jus civile tollere non possent, sub specie nihilominus illius corrigendi, supplendi ac adjuvandi, juris civilis evertendi summam fuisse potestatem, uti jam suo tempore observavit Dio Cassius *historiarum Lib. 36. p. 21*, quando scripsit, „ οὐ γὰρ οἱ στρατηγοὶ πάντα τὰ δικαιώματα, ἃ περὶ τὰ
„ συμβόλαια διετεταγμένα, οὔτε ἐσάπαξ τοῦτ᾽ ἐποίουν, οὔτε τὰ γραφέντα ἐ-
„ τήρουν, ἀλλὰ πολλάκις αὐτὰ μετέγραφον, καὶ συχνὰ ἐν τούτῳ πρὸς χάριν
„ ἢ κατ᾽ ἔχθραν τινῶν, ὥσπερ εἰκὸς, ἐγίνετο. *Neque enim praeto-*
„ *res id jus, quod ad contractus dirigendos positum erat, ob-*
„ *servarant, neque scripto juri steterant, sed saepe numero*
„ *ea variaverant, crebroque per gratiam, & odium certo-*
„ *rum hominum, veluti fieri adsolet, multa gerebantur.* Sed haec jam mitto, & ad contractus bonae fidei, de quibus praecipue nobis est agendum, transeo.

Recte Symmachus *Lib. 2. Epist. 87.* dixit *vox juris ac legum est bonae fidei contractum non posse rescindi.* ast non minus recte Paulus in *L. 3. §. 3. ff. pro socio* scripsit, *bonam fidem contrariam esse fraudi & dolo.* quibus verbis diserte significare voluit jureconsultus, ejusmodi contractus solam sustinere bonam fidem *L. 116. ff. de R. J.* & quidem ita secundum Ulpianum in *L. 152. ff. de eod.*, ut *bonae fidei contractibus doli praestatio, vel bona fides insit*, id est, uti hoc ulterius explicat Paulus in *L. 7. ff. de neg. gest.*, tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio; quia, uti diser-

diserte Ulpianus in *L.* 29. §. 4. *ff. mand.*, *in b. f. judicio magis de bona fide quam de juris apicibus agitur :* & inde est, quod formulae in b. f. contractibus hae erant, *ex bona fide. ut inter bonos agier oportet* : vel *quantum aequius melius* vid. Cic. *lib.* 3. *de off. c.* 15. & hoc fundamento Paulus in *L.* 3. §. 3. *ff. pro socio* societatem, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti pronuntiat. ideo etiam apud Labeonem relatum est, non tantum si minor circumscriptus societatem coierit, verum etiam si major, nullam esse societatem *L.* 16 §. 1. *ff. de minorib.* eam quoque ob causam Impp. Diocletianus & Maximianus venditionem a Rufo quodam dolo adversarii decepto factam rescindi jubent, & ita centum in locis; cum ubique altum silentium sit de divisione illa inter dolum causam contractui dantem, & incidentem; sed semper indistincte loquantur jureconsulti. Ex hisce omnibus ergo apparet, dolo in b. f. contractu circumscripto non opus fuisse auxilio Edicti Aquiliani, neque illum necesse habuisse actori apud praetorem objicere in jure doli mali exceptionem, aut ejus petere insertionem; ipse enim prætor, cum judicii formulam conciperet, jubebat in judicio bonae fidei non simpliciter, *si paret condemnare*, ut in judiciis stricti juris: sed *si paret condemnare ex fide bona.* Et id est, quod supra in *L.* 152. *ff. de R. J* Ulpianum dixisse memoravimus, *praestationes doli contractibus b. f. inesse.* Unde ergo luce meridiana clarius videtur, qualemcunque dolum sine ulla distinctione reddidisse b. f. contractum ipso jure nullum. Nam si dolus reperiatur in contractu b. f., ad minimum inde nascitur exceptio doli mali, quae in ipsis stricti juris judiciis locum habet, atqui haec exceptio b. f. judiciis inest officio judicis, uti supra dictum, *inesse* autem dicitur, cum auxilio praetorio ad actionem ex ejusmodi contractu descendentem infirmandam non opus sit, sed illa sponte corruat, vid. Averan. *interpretat. juris Lib. I. c.* 14. cum autem judex ex ipsa indole & natura actionis, quod suadet bona fides, animadvertere debeat, sequitur, dolum malum, sive ab initio adhibitum,

ſive ex poſt facto incidentem, abeſſe debere, uti hoc quoque animadvertiſſe video virum eruditum J. Wolbers in *obſerv. c.* 4. Nec quicquam in contrarium facit in quibusdam verbo *reſcindere* uti Jureconſultos & Imperatores, cum Cl. Noodtius in *d. lib. c.* 15. recte oſtenderit, verba, *reſcindi*, *irritus*, aut *nullus*, aut *nullius momenti eſſe* minus plenas fuiſſe locutiones alio atque alio ſenſu a veteribus uſurpatas, quae ſi quis penitus examinare cupiat, adeat ipſum Noodtium, & Celeb. Anth. Schultingium in *enarrat. ff. ad tit. de dol. N.* 6. cum omnia hic exſcribere non lubet. Hactenus Cl. Noodtium ducem mihi gratum & acceptum ſum ſecutus, jam autem licet invitus a viro egregio recedere cogor, falce critica aſpere nimis Ulpianea quaedam reſecante.

Expoſita quippe mea ſimul ac Noodtii ſententia, in medium proferendae ſunt diſſentientium, qui multi ſunt, contra ſententiam noſtram difficultates; ingenue enim, ac candide eſt agendum, neque tamen hic omnia ab omnibus obmota removere animus eſt, ſed id tantum agam, ut illa refutem, quae ponderis aliquid habere videntur. Apud quem autem haec melius inveniri poſſent, quam apud Cl. Heineccium ingenii acumine, ac multa eruditione nulli ſecundum? Is autem in egregiis ſuis juris civilis elementis ad *Tit. de dol. mal. in notis ad §.* 481. admodum probabilem fore Noodtii opinionem ait, modo non repugnarent *L. 7. pr. ff. de dol. mal.* & *L. 12. ff. de jure dot.* ex qua *lege* 7. duo commata cum Noodtio extrudere ſe quidem non audere profitetur. Duae igitur leges, quominus noſtram ſententiam accipiat, movere videntur virum clariſſimum, nimirum, *L. 7. pr. ff. de dol. mal.* & *L. 12. ff. de jure dot.* caetera, ut minoris momenti, tranſit neque & nos talia curabimus, ſatis enim de illis omnibus egit Noodtius *d. l.* ſed id tantum agemus, ut, etiam adhibito aliorum auxilio, compoſitis hiſce duabus difficultatibus, virum celeberrimum adverſarium certe potentem reddamus nobis ſocium, atque amicum.

In

In *L.* 7. *pr. ff. de dol. mal.* igitur Ulpianus ita ſcripſit, *Et eleganter Pomponius haec verba*, ſi alia actio non ſit, *ſic excipit, quaſi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, ſalva eſſe non poterit. Nec videtur huic ſententiae adverſari, quod Julianus lib.* 4. *ſcribit, ſi minor viginti quinque annis circumſcriptus, eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem. hoc enim ſic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non poſſit,* * *aut* * *nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt: & quod minor proponitur, non inducit in integrum reſtitutionem, nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere?* Ita haec e codice Florentino edidit Taurellius, qui licet particulam *aut* duobus ſignis incluſerit, quod indicat illam ab antiquo librario margini ejus codicis fuiſſe adſcriptam, attamen eam tuetur codex manuſcriptus viri ampliſſimi Cornelii van Bynkershoek, uti etiam optimae editiones, quemadmodum nobis refert Noodtius *d. lib. cap.* 14. Id tantum notandum, paullo aliter haec legi apud G. Haloandrum, uti videre licet apud Noodtium, cujus tamen lectio cum nec mihi, nec aliis placeat, & praeterea eodem fere, quo Florentina redeat, hic illam exſcribere nihil attinet. Haec autem verba ſunt, quae nobis negotium faceſſunt, quorum Ulr. Huberus in *eunom. ad h. l.*, Bacchovius *ad h. t. c.* 2. aliique, ut inde diſtinctionem ſuam eliciant, ſenſum hunc eſſe contendunt: (verbis Cl. Huberi utar) *Debuit Ulpianus ita capere Juliani caſum, aut emptor doli expers, aut conſcius fuit; prius ſolum ſtatuere a natura negotii alienum erat, ergo ad utrumque membrum Ulpiano fuit reſpondendum, ſaltem implicite, ſi dolo careat emtor; non tenetur ex empto, nec aliud eſt remedium minori, quam de dolo actio in manumiſſum, ceſſante in hac materia beneficio reſtitutionis: quod ſi emtor doli reus eſt, haec quaeſtio ceſſat, quia tum, vel ex emto tenetur, ſi dolus inciderit in contractum, vel ſi dolus dederit cauſam, emptio haec ipſo jure nulla eſt, omniaque retro agenda ſunt.* Ita Huberus, & plerique alii, ita quoque Baſilica, ex quibus fere petita eſt haec expo-

expoſitio, & quorum auctores non tam id agentes, ut legem hanc corrigerent, aut emendarent, quam ut eam graece, quam clariſſime poterant, redderent, ejus caſum, ſervata hac lectione, nullo alio modo fingere potuerunt, neque etiam eo caſu aliter capi queat. quis autem non videt miſere contorta eſſe haec omnia? nam etſi praecipuae difficultates a Noodtio huic legi obmotae, hac explicatione evaneſcunt, ſatis tamen abundeque, cur illa rejiciatur, ſupereſt. Nam primo illud, quod etiam Noodtius animadvertit, verum manet, Ulpianum ſi proponere voluiſſet minorem emtoris dolo ad contrahendum inductum, non ſcripturum fuiſſe, *ſi in hoc ipſo, ut venderet*, ſed *ſi ab hoc ipſo, emtore ſc.*; ſupra enim jam caſum, quo *in hoc ipſo* ut venderet circumſcriptus erat minor, propoſuerat Julianus. Deinde non ita inepte & confuſe omnia miſcuiſſet jureconſultus, ſed ſi talia ſcribere in animo habuiſſet, potius dixiſſet, *hoc enim ſic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit; & quod minor proponitur, non inducit in integrum reſtitutionem, nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere. Si autem ab hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt, nulla eſt venditio.* clara tunc fuiſſent jureconſulti verba & aperta, jam vero obſcura & inepta, imo vix fieri poteſt, ut ſenſum illum, ut nunc concepta ſint, recipiant. Nam quaeſo, probat Pomponii interpretationem verborum Edicti praetorii *ſi alia actio non erit*, hoc loco Ulpianus, & ut eam omni difficultate liberet, oſtendere conatur, ei non adverſari caſum a Juliano propoſitum. Eum enim caſum ſic accipiendum eſſe, pergit, *carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non poſſit.* an hic ſubſiſtit? minime, ſed addit per conjunctionem disjunctivam, *aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt. ſic accipimus* ſc. iterum hic ſubintelligitur, aut illuc haec verba pertinent, cum per infinitivum pergat; atqui ſecundum Huberum loquitur jureconſultus de caſu, qui ab illo, quem Julianus propoſuerat, longe eſt remotus, & deinde caſui illi remoto ſubjungit immediate ea, quae iterum

per

pertinebant ad casum a Juliano propositum, & quidem per conjunctionem copulativam *&*, *& quod minor proponitur &c.* ita ut ea, quae disjungenda erant, conjunxisset, & conjungenda disjunxisset. plura non addo; satis enim claret hanc expositionem, aeque ac illam, quam paullo aliter adhuc conceptam refutavit Noodtius, esse rejiciendam. Utinam modo vir ille acutissimus meliorem dedisset, verum eodem modo hunc nodum, quo Alexander Gordium, solvere conatus fuit, resecando nimirum ea, quae illum inextricabilem reddebant: verba quippe *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est* expungit gravi profecto nimium in Ulpianum animadversione. Scio quidem fabam cudi in interpretem stolidum & ignarum, quae illa ad marginem adnotasset, unde postea in textum irrepsissent, verum solutio haec est, quae facilius adhibetur quam probatur; praecipue cum verba haec, tum omnium codicum, (excepto solo Haloandrino, in quo parva verborum mutatio, quae tamen nihil ad rem facit, inveniatur,) tum Basilicorum auctoritate, uti jam dictum, sint suffulta. Idem hoc animadvertit J. Wolbers in *observ.* suis *c.* 5. qui ergo alias hujus loci illustrandi gratia conjecturas proponit satis ingeniosas, & quidem tres, quas breviter memorare operae erit pretium. Ante omnia ergo in genere censet vir doctus legendum esse in *d. L.* 7. pro *si in hoc ipso si ab hoc ipso*, & deinde primo delet particulam *aut* & ita legit, *hoc enim sic accipimus carere dolo emtorem; ut ex emto teneri non possit; nullam esse venditionem, si ab hoc ipso ut venderet circumscriptus est.* quasi Ulpianus per argumentum a contrario uti vocant hanc inde elicere consequentiam voluerit; ut, si doli fuisset particeps emtor, teneretur ex emto, & hoc ipsum velle, dum ait, *hoc enim &c.*, actio enim ex emto etiam datur ad declarandam venditionem ipso jure nullam. Secundo legem non male ita explicari censet, si post verba, *hoc enim sic accipimus carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit* subintelligantur verba, *ad id, quod interest*; & porro, *aut nullam esse venditionem &c.* in venditoris enim arbitrio

est, utrum malit contra emtorem actione ex emto agere ad id, quod interest, vel eadem actione venditionem ipso jure nullam declarare. Tertio denique Ulpiani verba ita explanari posse putat, venditorem in casu a Juliano proposito, quia doli particeps non fuit, non posse teneri ex emto ad id sc., quod interest, qua teneretur, *aut nullam esse venditionem, si ab hoc ipso, ut venderet circumscriptus est.* & tunc particulam *aut* pro *&* accipit. Si enim emtor in casu ab Ulpiano, ex consequentia deducto argumento, proposito, doli fuerit particeps, aequum est, si interea quis servum illum emere voluerit sat magno pretio, ut cum agatur ad declarandam venditionem ipso jure nullam, dolosus ille emtor etiam teneatur ad id, quod interest. Vitulo dignae profecto sunt hae conjecturae; quominus tamen illis secure acquiescam, prohibent vocis unius, atque alterius mutatio, sensus obscurus admodum, ac nimis inelegans, & tandem superflua illa a contrario deducta argumentatio parum ad rem faciens. Quae tamen non ideo dici velim, quasi ego is essem, qui hasce conjecturas rejiciendas plane existimarem, minime vero, e contrario eas laude dignas duco, & in viri docti sententiam pedibus eundem esse contenderem, nisi aliud quid adhuc suspicatus fuisset eruditissimus Jensius in *stricturis juris Romani* nuper editis, cujus sententiam proponam, num forte & ea haec Ulpiani viri egregii verba possent recreari. Ille nimirum nihil in nostra lege mutat, aspirationem tantum addit legendo pro *aut haut*, quod pro *haud* saepe scripsere veteres, & Ulpiani sensum ita exponit, quod in casu proposito putaverit emtorem, ac manumissorem servi dolo caruisse, nec teneri posse; haud nullam (autem) esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est, (ita sc. uti proponit Julianus) sed illam firmam manere. quare? ob hominem manumissum; neque enim adversus manumissum esse in integrum restitutionem, ideoque non juvare, quod circumscriptus proponitur minor: qua propter verum manet, casum a Juliano propositum non adversari verbis Pomponii, quod Ulpianus asserere fuerat cona-

na-

natus. Sane si id, quod sentio, dicam, Jensius mihi rem acu tetigisse videtur; optime enim hoc modo Ulpianus uti bonus Juliani interpres ratiocinatus fuit. Unde me haud temere facturum existimo, si crederem, hanc legem, quae palmarium dissentientium est argumentum, sententiae de dolo malo in contractibus praestando supra a nobis propositae minime obstare. Tentabo jam, an aeque feliciter nobis reconciliari possit *L. 12. ff. de jur. dot.* ob quam etiam nostrae sententiae accedere recusat Cl. Heineccius, & in qua haec Ulpiani verba §. 1. exstant, *si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, ut puta servum, si quidem circum in hoc venta est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit, in eo acturam, ut servus sibi restituatur. enimvero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam aestimationem, an potius servum praestet. Et haec si servus vivit. Quod si decessit, Marcellus ait, magis aestimationem praestandam: sed non justam, sed eam, quae facta est; quia boni consulere mulier debet, quod fuit aestimatus. Caeterum, si simpliciter dedisset, procul dubio periculo ejus moreretur, non mariti. Idemque & minore circumventa Marcellus probat. Plane si emtorem habuit mulier justi pretii, tunc dicendum justam aestimationem praestandam: idque duntaxat uxori minori annis praestandum Marcellus scribit. Scaevola autem in marito notat, si dolus ejus adfuit, justam aestimationem praestandam: & puto verius quod Scaevola ait.* totum proposui §^{um}, ut melius videri queat, an alicubi aliquid difficultatis in eo lateat; verba enim dubium moventia non expressit Cl. Heinneccius, sed forte erunt haec *si quidem circum in hoc venta est &c.* verum mihi Ulpianus hic non loqui videtur de casu, quo mariti dolus intervenerit, sed de eo, in quo diserte ita cavit Pomponius in *L. 6. §. ult. ff. eod. si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam majori viginti quinque annis succurrendum est; quia bono & aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.* adde Huberum in *praelect. ad h. t. N°. 6.* & Costalium in *adver-*

verſar. ad h. ll. & id quod dixi aperte confirmatur per ultima *d. L.* 12. verba, *Scaevola autem in marito notat ſi dolus ejus adſuit &c.* ergo clare apparere videtur in caſu initio §¹ propoſito non adfuiſſe mariti dolum. Reliqua autem hujus §¹ verba obſtare nobis non exiſtimo. Et ita, uti mihi videtur, difficultatibus ex utraque hac lege ſuperatis, Cl. Heinneccium virum omni veneratione digniſſimum non amplius nobis in hac parte adverſarium fore ſpero, atque confido.

Hic ergo jure Romano fuit effectus doli mali in bonae fidei judiciis admiſſi, in qua re id animadvertendum, praetorem doli mali actionem tunc demum promittere, ſi alia actio non erit *L.* 1. *ff. h. t.* quae verba eleganter, uti audivimus ſupra, Pomponius ita interpretatus fuit, *quaſi res alio modo ei ad quem ea res pertinet ſalva eſſe non poterit L.* 7. *pr. ff. eod.* niſi tamen dubitetur; an ſit alia actio, uti monuit Labeo in eadem *L.* 7. §. 3. quo ipſo diſerte ſuſtulit difficultates, quae caeteroquin ex *L.* 5. *ff. de praeſcript. verb.* aliisque moveri poſſent, vid. Noodtium *de pact. & tranſact. c.* 9. haud ignoro adhuc alias ſupereſſe, quae Pomponio adverſari videntur, ſed quaeſtionem nimis late patentem, & ab aliis ſaepius tractatam de integro hic repetere non lubet, neque etiam novi quid tentare in *L.* 9. §. 4. *ff. de dol. mal.*, quam variis Lectionibus fere obruerunt interpretes, & profecto vix eſt, quod cauſam comprehendere poſſim; nec mirum, tyroni ea latere, quae virorum eruditorum ingenia exercuerunt. Hujus legis verba tamen apponere operae erit pretium, quae ſunt talia, *ſi ſervum pignoratum noxae mihi dederis per judicem, & it abſolutus: de dolo teneris ſi apparuit eum eſſe pignori datum.* ita haec Florentiae leguntur, quae diſerte interpretatus fuit Cujacius *Lib.* 22. *obſerv. c.* 15. ſcribens ideo hoc loco actionem de dolo dari, quod omnis actio plane ſit remota, vetus enim extinguitur per noxae deditionem, judicati vero nequidem nata eſt, quod proprie loquendo, nec condemnatio, nec abſolutio interceſſerit, ſed noxae dedendo litem omnem exemerit dominus, ſententiamque praevenerit. Et hactenus quidem recte, aſt verba *ſi dederis per judi-*

cem

cem, *&* *it absolutus*: omnibus tormento sunt, ac centenis fere modis mutantur ac refiguntur; sensus tamen videtur apertus, *ita* enim scriptum fuit, uti in quibusdam editionibus legitur, quod vix mutatio dici queat. Ast non distortum est *per judicem & ita absolutus?* minime, diserte & caute enim ita locutus fuit Ulpianus: innuere quippe voluit, hanc legem non ita esse intelligendam, quasi, absoluto domino per sententiam a judice latam, competeret de dolo actio sed tum demum, cum quis per judicem absolutus esset, & quidem *ita*, sive hoc modo, ut servum noxae dedisset, non vero per sententiam, cessante tunc actionis judicati auxilio. Pluribus de hac lege jam non agam, unum potius adhuc adducam locum prima fronte satis impeditum; verba sunt Pauli seu potius Juliani in *L.* 20. *§.* 1. *ff. h. t.* ubi ita, *si persuaseris mihi nullam societatem tibi fuisse cum eo, cui heres sum, & ob id judicio absolvi te passus sim, dandam mihi de dolo actionem Julianus scribit.* Aliter tamen, uti videtur, ipse Paulus in *L.* 25. *ff. eod.* loquitur, *quum ante pecuniam peterem, eoque nomine judicium acceptum est, falso mihi persuasisti, tanquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses; eoque modo consecutus es, ut consentiente me absolvereris: quaerentibus nobis, an in te doli judicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari: quia alio modo mihi succurri potest: nam ex integro agere possum, & si objiciatur exceptio rei judicatae, replicatione jure uti potero.* Conciliare haec loca post alios multos conatus fuit Anth. Faber in *rationalib ad d. L.* 20. §. 1, qui rationem decidendi in eo fuisse putat, quod dolus, licet causam dederit absolutioni, attamen res judicata non a dolo accepit vim, & auctoritatem, sed a potestate judicis, qui utique perinde fortassis fuerat te absoluturus, ideoque nihil causae est, cur exceptio rei judicatae per doli replicationem elidatur; quae omnia secus sunt *in d. L.* 25, ubi absolutus proponebatur reus consentiente actore, ut proinde non nisi ex consensu, & voluntate actoris ea absolutio pendere videretur, cum judex tunc simpliciter ipsorum voluntatem se-

sequatur; atqui consensus ille fuit exstortus per dolum, ergo aequum est, exceptionem rei judicatae, quae non tam ex judicis voluntate, & auctoritate, quam ex consensu illo nascitur, per doli replicationem elidi. ita Faber: Minime tamen probandam esse ejus sententiam animadvertit perpetuus ejus censor, & adversarius Cl. Bacchovius, qui ad *tit. ff. de dol. mal. c.* 4. hanc conciliationem titulo insignium nugarum exornat, quis enim (inquit) unquam ita barbare est locutus, ut diceret, rem judicatam a dolo vim, & auctoritatem accipere ? Deinde falsum prorsus est, quod ait Faber: & imo dum actor non urget, nec insistit, & fidem adhibet mendacio rei, judex, actore nec urgente, nec probante, reum absolvit, adeoque non fuisset judex alias absoluturus, cum & expresse dicatur, me passum esse, ut tu absolvereris, ideoque tuo dolo hoc tribuitur. Priorem Bacchovii objectionem non tanti momenti, posteriorem veram, & justam duco; nam clarissime inde apparet rejiciendam esse Fabri opinionem. Quid igitur ipse Bacchovius ? ille erudite, & egregie monet potius cogitandum esse de diversitate inter casus quo passus sum te absolvi, quia putabam te solvisse *d. L.* 25, & quo idem passus sum, quia putabam te ei, cui successi, socium non fuisse *d. L.* 20. §. 1. quam differentiam ulterius eleganter exponit Wissenbachius ad *Instit. disp.* 50. *Th.* 11, qui optime animadvertit, obligationem per sententiam judicis ipso jure non perimi, sed absolutum adhuc manere obligatum, licet rei judicatae exceptione tutus reddatur §. 5. *J. de except.* adeoque recte negari actionem doli in *d. L.* 25, cum ex integro deceptus agere possit: verum tamen esse exceptionem hujus regulae, cum reus absolvitur, non quasi solverit, sed quasi debitor non fuerit, uti accidit in *d. L.* 20. §. 1, ipso jure tunc per sententiam exstincta obligatione, adeoque actionis de dolo auxilio tantum restante; nisi tamen ultro paratus esset reus ex integro idem subire judicium *L.* 7. §. *pen. ff. de dol.* quae minime huic sententiae repugnare videtur, uti existimat Cl. Huberus in *praelect. ad tit. ff. de dol. mal. N.* 6, accipere enim eam de

eodem

eodem casu ac *d. l.* 20. §. 1. nec juris auctoritas, nec sana ratio vetat. *Plura* de hac quaestione addere non lubet. Id potius paucis est videndum, an transeat dominium ex contractu bonae fidei, in quo fuit dolus admissus; de qua re dissentiunt inter se viri eruditione ac fama celebres: neque hic iterum omnia, quae unusquisque pro sua opinione attulit, referre est animus, dicam tantummodo me pro ingenii tenuitate existimare, dominium transire; quam opinionem ut breviter difficultatibus liberem, primo cum Cl. Noodtio *lib. alleg. c.* 14. affirmabo nostrae sententiae non adversari *L.* 31. *pr. ff. de acq. rer. dom.* in qua Paulus scripserat *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut alia qua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur* (ita enim legendum est, non *aut aliqua justa causa*, uti hoc egregie observavit amplissimus Bynkershoekius omnigenae eruditionis ac praecipue jurisprudentiae laude longe clarissimus *Lib. 6. Observ. c.* 25.) non enim velle hanc regulam, ut dominium traditione mutetur, utique praecedere debere causam veram, ac jure firmam, sed tantum venditionem, aut similem causam, ob quam dominium transferri solet; sive revera praecedat, sive tantum spe tradentis, uti hoc confirmatur per *L.* 16. *ff. de solut.* Sed ne in his diu haeream, dubitationem omnem prorsus tollunt Impp. in *L.* 10. *C. de rescind. vend.* in hunc modum rescribentes, *Dolus emtoris qualitate facti non quantitate pretii aestimatur; quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.* nec locum habere refugium in hac lege agi de dolo incidente supra jam est ostensum; uti etiam illam a nostra sententia alienam reddere nequit ingeniosa satis explicatio viri consultissimi G. Noest in erudita & eleganti dissertatione nuper edita ad *L.* 7. *pr. ff. de dol. mal.* verba nimirum *non sed* accipienda esse pro *non tantum sed etiam:* ea enim istius legis verba firma manent, *in quem emtor dominium transtulit*, dominium autem, si penes eum

non fuisset, nunquam transferre illud potuisset dolosus emtor. Nec profecto est cur adeo miretur Cl. Huberus, Voetius aliique, contractui ipso jure nulli tantum tribui effectum, cum similiter ipso jure nullum est matrimonium tutoris cum pupilla quondam sua; repetenti tamen dotem non vindicatio, sed condictio competit *L. 7. C. de interdict. matr. inter tutor. & pupill.*, quemadmodum recte Noodtius: cujus argumentum de indebito soluto non aeque, salvo doctiorum judicio, probarem. Aliud ejus loco potius addam petitum ex *L. 6. C. si quis alteri v: sibi sub alter. nom. &c.*, ubi cavetur eum; qui alteri rem emit, nihil agere, quia nec sibi acquirat actionem empti, quia noluit, nec alteri, quia non potuit. Et proinde, cum maritus uxoris nomine rem emit, emtio est inutilis; nec sibi acquirit maritus actionem empti, nec uxori: illum tamen in dominii quaestione potiorem haberi tradunt Impp., cui possessio a domino est tradita: atqui inutilis est emtio, dominium tamen nihilominus transit. Faceta est ad *d. l.* Cl. Wissenbachii contrarium quoque sentientis responsio, dicentis, *certe conniventibus oculis credimus ex inutili emptione dominium hic transferri.* Sed cum venia viri doctissimi conniventibus oculis nobis quoque tunc credere fas erit ejus sententiam minime esse probandam. Juvare quippe eum non potest Paulus in *L. 1. §. 4. ff. de acq. poss.* scribens, *si vir uxori cedat possessione donationis causa, eam non dominium accipere, sed possessionem.* quod non eo nititur fundamento, quia is titulus nullus est, atque irritus; sed quia donatio inter virum & uxorem in tantum improbatur jure civili, ut non modo promissio non teneat, sed ne caetera quidem valeant, quae deinde donationis causa sequuntur.

Plura addi possent, verum cum ita nimium cresceret dissertatio nostra, haec de dolo in praesentia sufficere existimo, & ad caput de culpa transeo.

CAPUT TERTIUM.

De

CULPA, EJUSQUE GRADIBUS.

De culpa, & quidem in contractibus bonae fidei praestanda acturus, rem profecto arduam aggredior, & humeris minus aptam; quia tamen protritum est illud Ovidii, *in magnis voluisse sat est.* ea quae potero dicam, non quae debebo.

Vasti hic operis esset recensere omnia ea, quae interpretes summi, infimique de hac re & olim, & nostris temporibus, scripsere, excederent haec dissertatiunculae terminos, ac forte non parvam confusionem parerent; in hac enim materia pertractanda comperi, quod in multis quoque aliis, multo nimirum plus lucis capi posse ex ipsis juris tabulis, & paucis iisque optimis interpretibus, quam ex infinitis scriptis, & innumeris altercationibus auctorum cujusvis generis, ac eruditionis. Sed ad rem.

Veteres juris antistites, ut nihil distraheretur ab ullius personae justiore repetitione, id praecipue justitiam exigere putarunt, ut si quid, non tantum dolose, verum etiam negligenter ab aliquo circa rem alterius curae suae commissam actum esset, ejus negligentiae sive culpae praestatio exigeretur. In qua aestimanda tamen, ne aequum & bonum excederetur, placuit illis tres hujus culpae gradus constituere, contractuum naturae, voluntatisque contrahentium ratione habita: *culpam* nimirum committi posse, vel *latam*, vel *levem*, vel *levissimam*; ut ita sine ambagibus, & multa casuum fictione, uno fere verbo exprimere possent, quae, ac qualis culpa in quovis contractu veniret praestanda. His autem praemissis ad ipsam culpae ejusque graduum descriptionem accedo.

Culpa proprie dicta non male a Donello, aliisque definitur, *omne factum inconsultum, quo alteri nocetur injuria.* Illam autem committi posse, tam faciendo, quam omittendo, ultro intelligitur, & praeterea diserte id indicat Jureconsultus Paulus in *L. 91. pr. ff. de V. O.* quare si cui, cum & in omittendo culpa consistat, forte minus accurate *omne factum* vocari videretur, sequatur ille accuratiorem ejus definitionem a Corasio *lib. 4. miscell. c.* 1. *N.* 9 traditam, qui illam describit, *imprudentiam, qua homines circa res alienas, vel negligunt, quod fieri oportet, vel faciunt quod omitti debet.*

Primus hujus culpae gradus est quae *lata* jureconsultis dicitur, eamque duobus quidem modis in genere committi docent. Primo nimirum, & maxime, cum *quis id non intelligit, aut scit sibi faciendum, vel omittendum esse, quod omnes in civitate sciunt, atque intelligunt.* Secundo, cum *quis minorem alienis quam suis rebus curam adhibet.* Priorem hujus culpae committendae modum indigitat Ulpianus in *L.* 213. §. 2. *ff. de V. S.* in hunc modum, *Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt:* cui etiam assentit Paulus in *L.* 223. *ff. eod.* scribens, *Latae culpae finis est non intelligere id, quod omnes intelligunt:* unde mirum non est hanc culpam vocari a Pomponio in *L.* 3. §. 1. *ff. de jur. & fact. ignor. ignorantiam deperditi & securi hominis.* & a Gajo in *L.* 1. §. 5. *ff. de O. & A. magnam negligentiam.* iterum *latam negligentiam* ab Ulpiano in *L. 7. ff. de adm. & peric. tutor. & curat.* & sic infinitis in locis, (vid. Gothofredum *de R. J. ad d. L.* 23.) quae hic recensere nihil attinet. Posteriorem nobis suppeditat Celsus in *L.* 32. *ff. deposit.* his verbis, *quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.* uti haec ad *h. l.* egregie observavit Gothofredus, & ex eo Donellus *lib. 16. c. 7.* De difficultatibus autem, quae haec Celsi verba habere quibusdam videntur, infra quum ad ipsam

nostrae *L.* 23. *ff. de R. J.* explicationem accedam, plenius agendi dabitur occasio: jam vero illas mitto. Cum ergo haec negligentia adeo sit crassa, & magna, ut vix sit verisimile eam aliquem sine dolo commissurum, merito quoad effectum dolo illam aequipararunt juris legumque periti; eoque sensu Ulpianus in *L.* 29 *ff. mand. dissolutam negligentiam prope dolum esse* ait. & in *L.* 1. §. 5. *de O. & A. illam in doli crimen cadere* monet Gajus. imo *latam sive magnam culpam dolum esse* scribit in *L.* 226. *ff. de V. S.* Paulus. Unde factum est, ut licet *dolum tantum*, sive *duntaxat* praestandum esse affirmarunt, nihilominus lata culpa etiam sub eo comprehensa fuerit. Ita Ulpianus in *L.* 1. §. 1. *ff. si mensor falsum test. dix. haec actio dolum malum duntaxat exigit.* & infra, *lata culpa plane dolo comparabitur.* & iterum in *L.* 8. §. 3. *ff. de precar. Illud adnotatur; quod culpam non praestat is, qui precario rogavit, sed solum dolum praestat.* & infra, *culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit.* & ita ubique fere. Ex quibus tamen simul patet id, quod *cap.* 1. dictum est, culpam latam minime vocandam esse *dolum praesumtum:* sed de eo jam hic pluribus agere non lubet. Cum ergo constat culpam latam esse meram & dissolutam ignorantiam, quae a Graecis μεγάλη ἀμέλεια vocatur, sequitur ejus divisionem a Zasio viro doctissimo traditam in *culpam latam ignaviae*, & *versutiae* esse rejiciendam; cum *culpa* illa *versutiae* revera est ipse dolus, uti recte animadvertit Coras. *lib.* 4. *misell. c.* 1. *No.* 9., & A. Faber *de errorib. pragmat. decad.* 76. *err.* 1., cujus tamen opinio de *quadam culpa lata dolo non proxima* non magis, ac illa Zasii, videtur admittenda, cum supra jam apparuerit, omnem culpam latam in contractibus a jureconsultis haberi dolo proximam? neque aliud evincitur per *L.* 223. *ff. de V. S.* supra a nobis allegatam, & a Fabro obmotam, cum id ipsum, quod quis nesciat ea, quae omnes in civitate sciunt, dolo proximum habeatur: nec majoris momenti sunt caeterae ejus objectiones, uti etiam non operae pretium videatur late hic refutare ea, quae contra alterum, sive posteriorem culpae latae committendae modum

ex

ex *L.* 32. *ff. deposit.* petitum movet, quae omnia parum ad rem facere, partim ostendit Bacchovius in *exercitationib. contra Fabrum ad d. L.*, & partim ego ulterius demonstrare conabor in ipsa nostrae *L.* 23. explicatione; nam de omnibus etiam Bacchovio assentiri nequeo. Id hic in transitu addam, iniquum alicui non videri debere, aliquando hominem, fortassis satis diligentem, si modo illa egrediatur diligentia, statim culpae dolo proximae reum fieri, aeque ac negligentissimum, quoniam ratio non ex majori, aut minori hominis diligentia, verum ex contractuum natura & voluntate contrahentium est petenda; quae omnia infra plenius erunt afferenda. Cum porro appareat *culpam dolo proximam* semper a jureconsultis vocari *culpam latam*, sequi videtur, quoque minus accurate Cl. Voetium ad *tit. ff. de fidejussor. & nominatorib & hered. tutor. vel curat.* N°. 5. & ad *tit. ff. de leg.* N°. 50 *in L.* 4. *ff. de magistrat. conveniend.*, & in *L.* 22. *§.* 3. *ff. ad SCum Treb.* per *culpam dolo proximam* intellexisse *culpam levem.* Ast, ait vir doctus, si culpa lata, quantum ad effectus juris dolus sit, nihil vetat culpam dolo proximam explicari per culpam levem. male omnino, ut reor, nam, ut jam diximus, quia quoad effectum dolo aequiparatur, ideo dolo proxima dicitur, imo sub doli nomine comprehenditur, ideoque caute Impp. in *L. 6. C. de hered. tutor.* expressis verbis rescripserunt, *culpam levem esse eam, quae latae culpae comparari non potest.* jam autem si lata culpa dolus sit, ac culpa levis, quae nequidem culpae latae comparari potest, sequitur culpam levem nullo modo vocari posse in jure civili *culpam dolo proximam*; nam *dolo comparari* & *dolo proximum esse* unum, idemque esse, apertum est ex collatione *L.* 1. §. 1. *ff. si mensor fals. test. dix.* & *d. L.* 8. §. 3. *ff. de precario.* In *d. L.* 1. *§.* 1. quippe infit Ulpianus, *haec actio dolum malum duntaxat exigit.* & infra, *lata culpa plane dolo comparabitur.* & in *d. L.* 8. eandem latam culpam *dolo proximam esse* ait. Reliqua Cl. Voetii argumenta, quae pro sua adducit sententia, aliunde petita sunt, eaque examinare non est hujus loci; & praeterea ex hisce satis apparuisse puto, hanc viri Celeb.

leb. ſententiam minime eſſe admittendam. Tandem id quoque ſatis claruit omnem culpam, quae lata vocatur, dolo haberi proximam, ideoque quoad effectum ei aequiparari, minime tamen quicquam in ſe doli comprehendere, ſed meram eſſe ignorantiam deperditi & ſecuri hominis. Nec ſpero mihi adverſari virum egregium D. Ulpianum in *L.* 8. *§.* 10. *ff. mandat.* ita ſcribentem, *proinde, ſi tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emiſti, teneberis mihi, ut reſtituas; ſed & ſi dolo emere neglexiſti, (forte enim pecunia accepta alii ceſſiſti, ut emeret,) aut ſi lata culpa, (forte ſi gratia ductus, paſſus es alium emere)* &c. ita tamen videtur; quid enim, an is, cui mandavi, ut mihi ſervum emeret, ſi per gratiam alium illum emere paſſus fuerit, & proinde ſciens me deceperit, latam tantum dicitur commiſiſſe culpam, non vero dolum? atqui latam culpam ignorans tantummodo quis committit; ſane, niſi meminiſſem dolum, vel culpam ex voluntate contrahentium aeſtimare ſolere veteres Jureconſultos, vix, quod reponerem, haberem; jam dicam pro ingenii tenuitate, procuratorem in hoc caſu, etſi ſciens ſervum ab alio emi fuerit paſſus, attamen id non eo animo feciſſe, ut mandantem circumveniret, atque deciperet, quid igitur? gratia erga alium emtorem magnum forte & potentem, vel quem ſaltem talem eſſe exiſtimabat, uſus fuit ac ſervum illi ceſſit, quia mandanti hoc utilius fore putavit: recte, ſed an ergo meruit ob id reum haberi latae culpae? ita reor, &, ut ratio reddatur, iterum ſuccurrit id, quod infra pluribus dicetur, culpam aeſtimari ex natura contractus, voluntateque contrahentium; cum enim natura mandati expreſſe requirat, mandatario diligenter cuſtodiendas eſſe fines mandati, in tantum, ut nequidem rem juſto pretio, & utiliter emere ei liceat, dummodo majori ſumma, quam ei fuerit mandatum §. 8. *J. mand. l.* 5. *pr. ff. eod.* & proinde pateat mandatario non eſſe inquirendum, utrum res, quam perficit, damno an vero lucro mandantis ſit ceſſura; ſed id ſolummodo negotii ei eſſe datum, ut id, quod ſponte ſuſcepit, accurate perficiat, adeo mirum non eſt, eum qui totum evertit mandatum rem alii cedendo contra voluntatem mandantis, ideoque plane non

 per:

perficiendo id, quod in se sua sponte susceperat, etsi dicat se hoc bona fecisse fide, latae culpae reum haberi; id enim hoc casu est non intelligere, quod omnes intelligunt: unusquisque quippe sciret, ac intelligeret, in emtione servi totum consistere contractum, idque expressam esse mandantis voluntatem. Et hoc modo iterum conciliasse mihi credo Ulpianum, de quo hoc loco plerosque interpretes non fuisse sollicitos animadverti, procul dubio, quia me & doctiores, & perspicaciores, id operae non duxerunt pretium: tyroni autem ea de re mentionem fecisse facile ignoscetur.

Transeo jam ad alterum culpae gradum quae *levis* dicitur, Graecis ἀμέλεια seu ῥαθυμία, cujus interpretatio est satis aspera, ac impedita. Ego & rationis, & ipsius jurisprudentiae Lumen secutus, cum Cl. Heinneccio aliisque illam dupliciter in jure considerari existimo, *in abstracto* nimirum, vel *in concreto. In abstracto* est *omissio ejus diligentiae, quam paterfamilias diligens sive idoneus rebus suis adhibet. In concreto* est *omissio illius diligentiae, quam quis, sive sit diligentior, sive minus diligens, rebus suis adhibere solitus est.* Priorem culpae levis speciem memorat Ulpianus in *L.* 22. § 4. *ff. de pign. act.* his verbis, *si modo sine dolo, & culpa sic vendidit, & ut diligens paterfamilias id gessit.* eodem modo Paulus in *L.* 14. *ff. eod. ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.* & adhuc Ulpianus *in L.* 10. *ff. de adm. & peric. tut. Generaliter, quotiescunque non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus faceret, non videtur defendi.* Et hanc vocari ut diximus *culpam levem* evincunt Impp. verba in *L.* 7. *C. arbitr. tut. quicquid tutoris dolo, vel lata culpa, aut levi* &c. & illa Ulpiani in *L.* 47. §. 5. *ff. de leg.* 1°. *culpa autem qualiter sit aestimanda videamus, an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est &c.* Cumque ergo illa sit diligentia, quam idoneus quisque, & diligens adhibet, non mirum est illam *exactam diligentiam* vocari a Triboniano in §. 4. *J. quib. mod. re contr. oblig.* & a Theophilo πολλὴν ἐπιμέλειαν, quae eadem est, quae a Constantino Harmenopulo μέση ἐπιμέλεια dicitur. Posteriorem culpae speciem recenset Gajus in *L.* 72. *ff. pro*

so-

ſocio his verbis, *ſufficit enim talem diligentiam communibus rebus adbibere, qualem ſuis rebus adbibere ſolet.* & Paulus in *L.* 25. *§.* 16. *ff. Fam. erciſcund.* in hunc modum, *talem igitur diligentiam præſtare debet qualem in ſuis rebus* & ita paſſim, ubi haec culpae levis ſpecies a jureconſultis deſcribitur. porro illud eſt notandum, cum a jureconſultis ſimpliciter culpae mentio fiat, ordinario per illam culpam levem denotari vid. *L.* 5. *§.* 2. *Commodat. L.* 72. *ff. pro ſocio, L.* 23. *ff. de reg. jur.* & paſſim, neque hoc multum difficultatis habet.

Reſtat ultimus culpae gradus, *culpa* nimirum *leviſſima*, uti ab ipſo Ulpiano vocatur in *L.* 44. *pr. ff. ad Leg. Aquil.* cujus reus fit aliquis, ſi exactiſſimam cuſtodiendae rei diligentiam non adhibuerit, ita, ut diligentior alius illam ſervare potuiſſet, uti monet Gajus in *L.* 1. *§.* 4. *ff. de O & A.* quae diligentia a Theophilo ἡ ἀκριβεστάτη καὶ ὑπερβάλλουσα παραφυλακή vocatur, & Harmenopulo eſt μέγαλη ἐπιμέλεια ſeu ἄκρα ἐπιμέλεια, & illa, teſte eodem Gajo, *tunc demum abeſt, ſi omnia facta ſunt, quae diligentiſſimus quisque obſervaturus fuiſſet L.* 25. *§.* 7. *ff. Locat. cond.* ac proinde *nil neglectum ac declinatum culpa vacuum eſt L.* 21. *C. mandati* ita, *ut eos tantum caſus non praeſtet, quibus reſiſti non poſſit L.* 18. *pr. ff. Commod.* & ita ubique. Mirum ego non eſt, ubi exacta ejusmodi diligentia requiritur, Jureconſultos illam ſimpliciter κατεξοχὴν ſub *diligentiae* (ἐπιμελέιας) nomine nonnunquam indicare fuiſſe ſolitos? Ita Ulpianus in *L.* 47. *§.* 5. *ff. de leg.* 1°. *culpa autem qualiter ſit aeſtimanda videamus: an non ſolum ea, quae dolo proxima ſit, verum etiam quae levis eſt: an numquid & diligentia quoque exigenda eſt ab berede, quod verius eſt* rurſus idem in *L.* 5. § 2. *ff Commod. Commodatum autem plerumque ſolam utilitatem continet ejus cui commodatur, & ideo verior eſt Quinti Mucii ſententia, exiſtimantis, & culpam praeſtandam, & diligentiam.* eodem modo in in L. *noſtra* 23. *ff. de reg. jur. in bis quidam & diligentiam.* Sic quoque hanc diligentiam ſive culpae leviſſimae praeſtationem ſimpliciter vocarunt *cuſtodiam*, (Κουστωδίαν ἢ παραφυλακήν) praecipue in iis contractibus, in quibus res aliena absque uſu depoſiti inſtar ſit conſervanda atque cuſtodienda. Ita Ulpianus in L. 13. *ff. de pign. ait. venit autem in bac actione & dolus, & culpa,*

culpa, ut in commodato, venit & custodia: vis major non venit. & Impp. in *L.* 19. *C. de pignorib. sicut vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse, ita dolum, & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur* rursus Ulpianus in *L.* 1. §. 35. *ff. deposit. sed & si deposito se quis obtulit, idem Julianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam, & custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.* Et hoc quidem modo hos tres culpae gradus descripsere jureconsulti; cum proprie, & accurate sunt locuti: ex quibus satis clarescere puto, erraſſe Jacobum Gothofredum virum doctissimum ad *L.* 23. *ff. de reg. jur p.* 115. & 116. qui contendit, *culpam* dici *levem si quis minorem alienis quam suis rebus diligentiam adhibuerit*; *culpam* vero *levissimam esse omissionem ejus diligentiae, quam paterfamilias quisque idoneus ac diligens suis rebus adhibet:* nec distinxisse Jureconsultos inter *diligentem* ac *diligentissimum*, verum in jure hoc unum esse idemque: cum ei & recta ratio, & ipsa Jurisprudentia repugnet; imo sibi in hisce contradixisse virum egregium luce meridiana clarius apparere existimo. *Pag.* quippe 138. ipse ait, quemque in rebus suis diligentem in jure praesumi, pariter ac alius diligens paterfamilias, ac simul docet, illam culpam levem esse, cum quis minorem alienis quam suis rebus diligentiam praestare dicatur; atqui deligens quisque praesumitur in rebus suis, sequitur ergo, si quis minorem alienis quam suis rebus curam adhibuerit, intelligendum esse eum non adhibuisse curam diligentis patrisfamilias: atqui hanc ait Gothofredus culpam esse levissimam; nulla igitur est differentia inter culpam levem, & levissimam: quomodo haec cohaereant, profecto non video. Sed praeterea, si quis ita diligens in jure praesumatur, ac Jureconsultus v. gr. in §. 2. *J. quib. mod. re contr. oblig.* ait, *non sufficere si quis tantam diligentiam, quantam suis rebus adhibere sit solitus, commodato adhibeat, si modo alius diligentior illam custodire potuerat.* necesse est, a Jureconsultis quam maxime distingui, inter diligentem, ac diligentissimum. Reliqua transeo; majoris enim momenti non sunt, quae pro hac sententia

adfert;

adfert Donellus *Lib.* 16. *c.* 7. quem ibi refutat Hilliger, cujus tamen argumentatio *ex L.* 3. *§.* 1. *ff. naut. caup. stab.* non magni facienda est, cum illa responsione Gothofredi fere evanescit, Ulpianum nimirum, in ea lege tantum hoc velle, ut nauta non solum teneatur ex sua culpa, verum etiam ex furto, culpaque eorum, quorum opera utitur. Licet autem vera sunt haec omnia, hoc tamen non impedit, quonimus non modo diversi, verum etiam iidem Jureconsulti, variis locis in his culpae gradibus designandis aliis, atque aliis loquendi formulis fuerint usi, licet re ipsa unum idemque voluerunt. Et hinc procul dubio natus est Gothofredi error; modo enim voces *dolus*, *culpa*, *diligentia* ac *custodia* proprie, & in specie, modo improprie, & in genere adhibuerunt; hic illas simpliciter, illic cum adjectivis *magna*, *exacta* &c: uno nonnunquam loco per *positivum*, quod altero per *superlativum gradum* significarunt: quorum omnium pauca tantum adducam exempla. Ita Ulpianus, qui per *culpam simpliciter dictam* plerumque levem significare consueverat, uti supra ex *L.* 5. *§.* 2. *ff. Commod.* aliisque fuit ostensum, *omnem etiam latam* sub ea comprehendit in *L.* 47. §. 5. *ff. de leg.* 1°. supra alleg. quemadmodum ipse inferius illa explicat, imo *solam latam* per eam intelligit in *L.* 22. *§.* 3. *ff. ad SC.um Trebell.* atqui culpam latam sub dolo comprehendere solebat *L.* 23. *ff. de reg. jur.* aliisque: a dolo tamen quoque separat eam in *L.* 6. *ff. de adm. rer. ad civit. pertin. levem* vero, & *levissimam* per *culpam simpliciter dictam* designat in *L.* 8. *§.* 3. *ff. de precar.* uti etiam Pomponius in *L.* 11. *ff. de negot. gest.* & ita porro. Eodem modo fuit notatum per *diligentiam* plerumque intelligi *culpam levissimam*; atqui aliter ea vox a Proculo adhibetur in L. 68. *ff. de contrab. emt.* ubi ita, *existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est, non solum, ut dolus malus absit, sed etiam ut culpa.* & Ulpianus, qui saepius hac voce proprie usus fuerat, in L. 6. *ff. de adm. rer. ad civit. pertinent. supr. alleg. culpam levem* per eam intelligit his verbis, *magistratus reipublicae non dolum solummodo, sed & latam negligentiam,* &

& hoc amplius, *etiam diligentiam debent*. Ita quoque *culpa levissima* multis in locis indistincte dicitur *custodia*; & nihilominus alio, & quidem strictiori sensu ea voce utitur Ulpianus in *L.* 5. §. 5. *& 6. ff. commodati* hoc modo, *custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare. §. 6. Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur apud veteres dubitatum est: nam interdum & hominis custodia praestanda est: si vinctus commodatus est. &c.* Rursus e contrario *dolum* & *omnem culpam* per illam indicat Gajus in *L.* 2. §. 1. *ff. de peric. & commod. rei vend.* his verbis, *custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat*, *utrum plenam*, *ut & diligentiam praestet: an vero dolum duntaxat &c.* vid. quoque *L.* 31. *pr. ff. de act. emt. vend.* Paulus *custodiam* & *diligentiam* conjungit in *L.* 36. *ff. eod.* ubi ita, *venditor domus*, *antequam eam tradat*, *damni infecti stipulationem interponere debet; quia antequam vacuam possessionem tradat*, *custodiam & diligentiam praestare debet &c.* Denique supra apparuit *diligentiam*, & *custodiam* simpliciter positas significare *culpam levissimam*; nihilominus tamen Gajus in *L.* 1. §. 4. *ff. de O. & A. exactissimam diligentiam*, & in *L.* 2. *ff. de peric. & commod. rei vend. custodiam plenam* pro *culpa levissima* scripsit. Sic aliquando *positivum* pro *superlativo* & *superlativum* pro *positivo* posuere; exemplo erit §. 2. *J. quib. mod. re contr. oblig.* ubi Tribonianus per *exactam diligentiam* eundem diligentiae gradum designat; quem Gajus in *L.* 1. §. 4. *ff. de O. & A.* per *exactissimam*: iterum per *exactam diligentiam levis* tantum *culpae* praestationem idem Tribonianus significat *in* §. 4. *seq.* imo ille adeo in his luxuriavit, ut aliquando nequidem *levissimae culpae* mentionem fecerit, ubi tamen illa fuisset memoranda, uti in *d.* §. 4; (quem locum una cum aliis quibusdam in ipsa *L.* 23. *ff. de reg. jur.* explicatione paullo accuratius examinare conabor.) simili modo Ulpianus in *L.* 5. §. 5. *ff. commod.* dixit *diligentem custodiam* rei commodatae esse praestandam pro *diligentissima*, uti *ex* §. 2. *ejusd. L.* appareat. Nec aliter scripsere Graeci, ita enim, ut unum aut alterum

ex

ex centenis adducam hujus rei exemplum, quod Theophilo πολλὴ ἐπιμέλεια, Harmenopulo eſt μέση ἐπιμέλεια; ſic quoque Harmenopulus *Lib.* 3. *Tit.* 9. de depoſito agens ſcribit, μόνον γὰρ δόλον, ϗ μεγάλην ἀπαιτεῖται ἀμέλειαν *ſolum enim dolum, & latam culpam praeſtat.* & paullo inferius, ὁ παρακαταθήκην λαμβάνων δόλον μόνον, ϗ ῥαθυμίαν, ϗ ἀμέλειαν ἀπαιτεῖται. *qui enim depoſitum accepit dolum duntaxat, & negligentiam, ac culpam praeſtare debet.* cum tamen per ῥαθυμίαν, & ἀμέλειαν, & ipſe Harmenopulus, & Theophilus *culpam levem* indicant. Ita poſterior *in* §. 9. *J. de ſocietate* ἤγουν ϗ κοῦλπας ὀνόματι, τουτέστι ῥαθυμίας τε, ϗ ἀμελείας, τῶν ζητηθέντων ἐστί. *an vero etiam culpae nomine, id eſt deſidiae, ac negligentiae, quaeſitum eſt.* & ſic multis aliis in locis. Sed dicet quis ſi haec vera ſint, omnia de culpa, ejusque gradibus, & praeſtationibus, admodum confuſa eſſe, nec certum aliquid de ea definiri poſſe neceſſe eſt. Verum ne durius cum Jureconſultis agatur, animadvertendum eſt, eos nunquam ita fuiſſe locutos, niſi alio jam loco ipſi, vel alii accuratius in eodem caſu, vel contractu, de quo eſt ſermo, culpae praeſtationem definiiſſent, ut ita ex iis caetera, quae alibi forte in tranſitu, nec adeo accurate dixerant, explicari poſſent. Praeterea id fere ſemper egerunt, ut cum in hoc vel illo contractu culpam eſſe praeſtandam in genere tantum dixerint, ac inde dubium oriri potuiſſet, ſemper fere explicaverint, qualem intelligerent, quemadmodum hoc apertum eſt *ex L.* 47. §. 5. *ff. de leg.* 1, *L.* 22. §. 3. *ff. ad SC. Trebell. aliiſque;* ac eodem modo cum de *diligentia*, & *cuſtodia* locuti ſunt, ita ut ex his nullam oriri confuſionem exiſtimem.

Ex his omnibus autem, quae hactenus de tribus illis culpae gradibus, ejusque praeſtationibus dixi, ut & ex legibus, quae ad ea confirmanda adduxi, vereor ne mihi poſt tergum, quaſi ex ſerpentis dentibus, naſcantur adverſarii, non velites, ſed gravis armaturae; quos hic tamen non aggrediar, ſed in ipſa *L.* 23. *ff. de reg jur.* explicatione pro viribus oppugnare, ac debellare conabor, ad quam exponendam, ſuperioribus ita praeſtructis, me jam accingo. PARS

FINIS PARTIS I.

P A R S II.

Verba Legis 23. ff. de regulis Juris.

Idem (Ulpianus) Lib. 29. ad Sabinum.

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam & dolum & culpam. dolum tantum, depositum, & precarium. dolum & culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia gesta. in his quidam & diligentiam. societas & rerum communio & dolum & culpam recipit.

Hactenus Legis verba, quae exponere decrevi; quae Graeci ita verterunt.

Ἔσθ' ὅτε μόνος δόλος ἐν τοῖς συναλλάγμασι ἐπιζητεῖται, ὡς ἐπὶ τῆς παρακαταθήκης καὶ τοῦ κατὰ παράκλησιν. ἔσθ' ὅτε καὶ δόλος, καὶ ῥαθυμία, ὡς ἐπὶ τῆς ἐντολῆς, καὶ τοῦ εἰς Χρῆσιν διδομένου, πράσεως, ἐνεχύρου, μισθώσεως, προικὸς, τῆς ἐπιτροπῆς, καὶ τῆς διοικήσεως τῶν ἀλλοτρίων πραγμάτων. ἐν τούτοις δὲ καὶ επιμέλεια. ἡ δὲ κοινωνία δόλον καὶ ἀμέλειαν ἀπαιτεῖ.

CA-

CAPUT PRIMUM.

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam & dolum. & culpam.

Ex primis hisce legis hujus verbis statim satis apparet, Jureconsultum in animo habuisse generaliter hoc loco tradere, quid, ac qualis culpa in bona fidei tum veris, tum quasi contractibus, regulariter, & extra casus speciales, nullo pacto, aut conventione intercedente, esset praestanda. Neque sane eum praeter consuetudinem quicquam fecisse ostendunt *L.* 5 *ff. commod.* & *L.* 12. *&* 14. *ff. de furt.* in quibus similiter de culpae praestatione in contractibus late egit, ita ut vix ullus jureconsultorum magis dedita opera hoc argumentum prosecutus videatur, & praecipue, in *lib.* 29. *ad Sabinum*, cum *L.* 12. & 14. *ff. de furtis* ex eodem Libro sint desumtae. Utrum autem Ulpianus hoc loco generaliter de culpa in contractibus praestanda egerit occasione commodati, quod putat Petrus Faber, an vero ad praestationes in emti venditi contractu intercedentes generalia haec adjecerit, ut sentit Gothofredus, incertum esse, nec multum ad rem facere existimo.

In statuendis autem regulis generalioribus de culpa in contractibus praestanda, duo maxime a Jureconsultis observata fuisse reor, nimirum,

1. *Ipsa contractus natura.*
2. *Contrahentium voluntas, atque intentio.*

Circa ipsam contractuum naturam hanc regulam Ulpiano diserte proponere placuit in *L.* 5. §. 2. *ff. commod: Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum & culpam praestamus: dolum in deposito. nam quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus.* & deinde, *sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, & dolus, & culpa praestatur. Commodatum*

tum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur. & ideo verior est Quinti Mucii sententia, existimantis, & culpam praestandam, & diligentiam. & confirmatur haec regula a Gajo in L. 1. *§.* 5. *ff. de O. & A.*, & L. 18. *pr. ff. commod.* ab Africano in L. 108. *ff. de leg.* 1°. ab Alpheno in L. 31. *in fin. ff. locati* & a Triboniano *in* §. 4. *J. quib. mod. re contr. oblig.* Vereor tamen, ne me deserat Papinianus, qui ex relatione Ulpiani in L. 17. *ff. de praescript. verb. lib.* 8. *quaestionum ita scripsit, secundum haec, si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque,* & *dolum & culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.* quid enim, an idem erit praestandum, si inspectoris tantum causa res data sit, ac si utriusque, culpa sc. tantum levis? regulam ergo ab Ulpiano propositam parum curasse videbitur Papinianus? non credam, sed cum A. Fabro potius dicam, eum ob specialem rationem prudenter haec ita constituisse, nec ideo regulae ab Ulpiano aliisque propositae contrarium quicquam dixisse. Romae nimirum fuisse quoddam negotiatorum genus, qui inspectores dicebantur; quorum opera illi utebantur, qui rem aliquam emturi erant, vel venditurі antiquitatum peritis satis notum est. Jam ait Papinianus, si quis rem ejusmodi homini inspiciendam dedit, sive hoc sui, sive inspectoris causa fuerit, inspectori, si illam perdiderit, dolum, culpam latam, & levem tantum praestandam esse: quid ita, cum modo vidimus eum qui sui causa aliquid accepit etiam levissimam praestare debere, veluti in commodato? rationem optime reddit hic Anth. Faber in *rationalib. ad d.* L. 17. eamque in eo consistere affirmat, quod primo, licet sui gratia rem accipit inspector, nullum tamen fere commodum, aut usum ex ea percipiat, quod secus est in commodato similibusque: secundo, quia publica, ac communis utilitas exigat, ut cum hoc hominum genere mitius agatur: quae ratio mihi profecto justa ac evidens videtur. Periculum tamen est, ne in alia fuerit sententia Ulpianus, qui eundem fere casum proponit

ponit in L. 10. *ff. commodati*, hoc modo, *si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui res commodata est, quaeritur: Et siquidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sua etiam custodiam;* his enim verbis velle videtur Ulpianus, inspectori, si sua causa rem accepit, culpam etiam levissimam esse praestandam, adeoque a Papiniano dissentire; per *custodiam simpliciter positam* enim intelligi *culpam levissimam* supra jam est demonstratum, verum minime Papiniano contrarius est Ulpianus, quippe qui hoc loco nihil aliud per *custodiam* intelligit, quam *culpam levem*: & hoc est, quod fuse satis supra ostendere conatus sum, Jureconsultos nimirum has voces saepe confudisse, ac unam pro altera usurpasse; neque aliter hanc vocem hoc loco esse aecipiendam verba legis sequentia clare evincunt, quae haec sunt, *sed & si dum refertur periit, si quidem ego mandaveram, per quem remitteret, periculum meum erit; si vero ipse, cui voluit, commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sua causa accepit.* quibus ostendit Jureconsultus, se nihil aliud, quam *culpae levis praestationem* per *custodiam* intellexisse; illam enim per *culpam simpliciter dictam* denotari supra quoque est animadversum. Et inde iterum verum esse apparet, quod dixi, Jureconsultos nunquam vocibus *custodia*, *culpa*, *&c.* improprie fuisse usos, nisi quid vellent, ex aliis locis satis clarefceret; nec movet quod Anth. Faber ad *h. l.* per *custodiam*, *culpam levissimam* significari contendit, qui sibi ipsi aperte contradicere videtur, cum plane contrarium ad *d. l.* 17. *ff. de praescript. verb.* docuerit: sed hic pluribus ejus errorem ostendere non lubet. Id potius ex hisce observasse juvabit, regulam ab Ulpiano traditam ita locum habere, si specialis ratio, aut publica utilitas nihil aliud suadeat, neque ideo flocci haec regula pendenda est, ut putat Gothofredus, aliique, imo utilissima est, & accurata, licet suas patiatur limitationes, quas nulla juris regula effugere queat. Eodem quippe modo Pomponius in *L.* 36. *ff. de reg. jur.* ait, *culpam esse se immiscere rei ad se non*

 per-

pertinenti. atqui negotiorum gestori pro ignorante intercedenti actio datur ad id, ut servetur indemnis: sed nota haec adeo sunt, ut iis probandis diutius immorari minime sit necessarium.

Contrahentium porro voluntatem, atque intentionem in contractibus esse considerandam, inter alios satis ostendit Gajus in *L. 72. ff. pro socio* qui ideo socium ad talem tantum diligentiam communibus rebus adhibendam teneri, qualem suis rebus adhibere solet; recte existimat, quia, *qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.* Imo ideo in mandato, in quo etiam sola mandantis vertitur utilitas, nihilominus etiam culpam levissimam mandatario esse praestandam voluere Jureconsulti, quod infra latius dicetur.

CAPUT SECUNDUM.

Dolum tantum Depositum & praecarium.

PErgit jam jureconsultus enumerando contractus, qui dolum tantum recipiunt, & quidem duo memorat, *depositum* sc., & *precarium.*

Depositum ipse Ulpianus in *L. 1. pr. ff. depositi* dicit esse, *quod custodiendum alicui datum est:* & pergit, *dictum ex eo, quod ponitur; praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet.* Ex quibus verbis primo intuitu apparet, totam hujus contractus naturam in eo consistere, ut quis in re deposita custodienda eam diligentiam adhibeat, quam suis rebus custodiendis, ac conservandis praestare est solitus; ad quod faciendum, si bona fides spectetur, volens, & tacite se obstringit. Cum tamen in hoc contractu nulla utilitas versatur ejus, apud quem res deponitur, merito *dolus* praestatur solus, ut ait Ulpianus in L. 5. §. 2. *ff. commod.* secundum regulam ibi propositam; qua de re eleganter interpres Graecus,

ταῖ.

ἐπειδὲ τῆς παρακαταθήκης μόνος ὁ δεσπότης τοῦ πράγματος ἔχει τὴν ὠφέλειαν, οὐ μὴν καὶ ὁ παραθηκάριος ἤγουν ὁ φύλαξ. ἐκεῖνος γὰρ οὐδὲ ὠφελεῖται, εἰ μὴ καὶ μᾶλλον βαρύνεται φροντίδος ἀναδεξάμενος βάρος τὴν φυλακὴν δηλαδὴ τοῦ ἀλλοτρίου πράγματος *in deposito solus rei dominus habet utilitatem, non autem depositarius sive rei custos. is enim nullam percipit utilitatem, imo potius oneratur, recepto curae onere, nempe rei alienae custodiam suscipiens.* Deinde accedit, quod ipse deponens amicum, cujus curae depositum committit, elegerit, uti eleganter observat Gajus in L. 1. §. 5. *ff. de O. & A.* & Imperator in §. 3. *J. quib. mod. re contr. oblig.* ubi diserte ait, *qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei sed suae facilitati id imputare debeat, si rem parum diligenter custoditam furto amiserit.* Latam tamen *culpam sub dolo* comprehendi significat idem Gajus in *d.* L. 1. cum subjicit, *magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere.* De qua culpa lata in deposito praestanda, sequentia, quae multis fuere tormento, scripsit Celsus in L. 32. *ff. depositi quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.* in qua lege tamen minime necessarium est cum Curtio *lib.* 2. εἰκαστῶν *c.* 28. Hotomanno *lib.* 3. *observ. c.* 2., & Anth. Fabro *de errorib. pragmatic. decad.* 76. *err.* 2. pro *si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat* ejecta particula *non* restituere *si quis ad eum modum quem hominum natura &c.* uti hoc etiam observavit Cl. Bacchovius in Fabrum *ad d. L.* (cui tamen, quod ad hujus legis explicationem attinet, non in omnibus assentirem, ut mox dicam) perspicua enim, & vera sunt, quae hic contra Proculum pro Nervae sententia protulit Celsus; quem ita capio; scripserat Nerva generaliter latam culpam in deposito, aeque ac in aliis contractibus, quoad effectum dolo aequiparari. Cum autem secundum ea, quae supra dicta sunt, ejus culpae reus habeatur, qui minorem deposito, quam suis rebus curam

praestat, consequens est, etiam diligentissimum, modo non ea, qua in suis, in re deposita utatur diligentia, in culpam cadere latam, & ita in doli suspicionem, etiamsi fecerit id, quod alius non plane indiligens faceret; quoniam ratio, ob quam de culpa teneatur lata, non in majori, aut minori diligentiae gradu consistit, verum in natura contractus, voluntateque contrahentium, quae requirunt, ut non minorem alienis, quam suis rebus diligentiam adhibeat. Id autem Proculo displicebat, ac durius ei videbatur, hominem diligentissimum forte, id agentem, quod etiam diligens ageret, in doli suspicionem cadere, simulatque non exactissimam illam diligentiam, qua in suis uti consueverat, observasset in re deposita; cum demum hoc in eo locum haberet, qui nescit, quod omnes in civitate sciunt; aut non facit id, quod negligentissimus faceret. vid. supra *part.* 1. *c.* 3. Verum Celsus nihilominus verissimum sibi videri id, quod Nerva dixerat, affirmat. & in hunc modum contra Proculum argumentatur. Si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, (nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat) ille certe fraude non caret, sed procul dubio in culpam latam cadit, & ita in doli suspicionem, (uti etiam concedit Proculus:) jam autem idem est, si minorem rei depositae, quam suis, adhibuerit: nam eo casu id non scire, aut intelligere videtur, quod sane omnes scirent, aut intelligerent sibi faciendum esse; quoniam in eo consistit tota hujus contractus natura, adeoque in culpam latam & doli suspicionem incurrit secundum Paulum in *L.* 223. & 226. *ff. de V. S.* nec proinde salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit. Ita plena & valida mihi videtur Celsi contra Proculum argumentandi ratio. Non enim veritatis speciem habere existimo, Proculo generaliter displicuisse, culpam latam dolo quoad effectum aequiparari, si lata culpa ita intelligatur, quemadmodum describitur a Paulo aliisque *vid. sup.* ut sit *summa illa negligentia deperditi hominis*: nam, licet multa dissensionis veterum jureconsultorum de culpae praestatione vestigia

ex-

exſtent, attamen haec fuiſſe videtur conſtans omnium opinio; ita ut hanc Proculum inprobaſſe contra juris, aequitatis, & publicae utilitatis rationem, minime ſit probabile. uti hoc quoque recte obſervavit Hottomannus *Lib.* 2. *Obſerv. c.* 2. (cui tamen de caeteris, quibus huic legi lucem affundere conatus eſt, minime aſſentior:) Accedit, ſi haec generalis de culpa lata intelligatur fuiſſe Proculi opinio, minus accuratam, ne dicam ineptam eſſe Celſi, qua ad refutandum Proculum utitur, argumentandi rationem; quamvis contrarium defendat Cl. Ulr. Huberus in *eunom. ad h. l.* Porro cauſam quoque non video, ob quam Curtius, Hottomannus, Anth. Faber, & etiam Bacchovius, (licet ille nihil ejicit, ut ſupra jam dictum) haec verba *ſi quis non ad eum modum &c.* de culpa levi accipienda eſſe volunt, ideoque ſenſum torquent; aperte enim latam culpam indicant; (quod etiam animadverterunt Hottomannus, & Faber, ideoque, licet male, particulam *non* ejecerunt, quod tamen eo caſu neceſſe eſſet, nam fruſtra retenta lectione de culpa levi ea explicare conatur Bacchovius.) nam clariſſime patet, Celſum hoc loco in animo habuiſſe oſtendere, verum eſſe id, quod ſcripſerat Nerva; & proinde difficultates a Proculo contra hanc ſententiam motas removere. Jam quaeſo, ſi haec verba de culpa levi accipienda ſunt, & Proculo diſplicuit talem culpam, quae in depoſito lata eſt, ſemper quoad effectum dolo aequiparari ob rationes, quas modo dixi, qualis haec argumentandi eſſet ratio ad has a Proculo motas difficultates removendas. Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum eſſe, Proculo diſplicebat, (quando ſcilicet in depoſito culpa lata committitur talis, quae in aliis contractibus eſſet *levis*, vel *leviſſima*) mihi tamen hoc veriſſimum videtur: nam ſi quis culpam levem committit in depoſito, fraude non caret; nec enim ſalva fide minorem iis, quam ſuis rebus diligentiam praeſtabit: ergo idem eſt, ac ſi diceret, quod Proculo diſplicuit, mihi veriſſimum videtur; nam hoc ita eſt, nec enim aliter ſeſe habet. Et ſane dubito an quidem melius ſe habitura eſſet Celſi argumentatio,

ratio, ſi Proculi de culpa lata ſententia ſecundum Cl. Huberum accipiatur. Haec ita mihi videntur, ſalva reverentia, quam tantis viris debeo; ſi autem minus recte, tyronis haec eſſe meminiſſe oportet, qui ingenii, & eruditionis inopia lapſus fuit.

Ex hiſce autem omnibus conſequens eſt, nihil hic facere objectiones, in hoc contractu nonnunquam pro culpa haberi lata, quod in aliis levi imo aliquando leviſſimae tantum adnumeratur; & e contrario hic poſſe nequidem culpam eſſe, quod in aliis ſummo jure lata aeſtimatur, cum naturam contractus, voluntatemque contrahentium illud neceſſario requirere ſupra jam dictum ſit, & verbo adhuc attingam infra, ubi de culpa in ſocietate praeſtanda erit agendum. Et id eſt quod ordinario praeſtandum venit in depoſito, quod hic tantum memorare in animo habuit jureconſultus; verum ſi forte merces acceſſerit ſecus eſt: *tunc enim, ut eſt conſtitutum, etiam culpa exhibetur*, ut idem Ulpianus in *L.* 5. *§.* 2. *ff. commod. monet*, & ratio eſt in natura contractus, quia utriuſque tunc vertitur utilitas. Imo aliquando *culpam leviſſimam* praeſtandam eſſe in depoſito diſerte indicat in *L.* 1. *§.* 35. *ff. depoſiti;* veluti, cum quis depoſito ſe obtulit. Ex quo iterum apparet, culpam quoque ex voluntate contrahentium aeſtimari, cum in eo conſiſtat ratio, cur is, qui ſe depoſito obtulit, de culpa teneatur leviſſima, quippe qui volens ſe diligentiſſimum quaſi profitetur, & deponens ideo rem illi cuſtodiendam tradit, non vero in natura contractus, cum nihilominus verum manet ſolius deponentis in eo verti utilitatem; & ita ob hanc ſpecialem rationem locum habere non poteſt tunc regula ex contractuum natura ſupra propoſita.

Sequitur *precarium, quod precibus utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui conceſſit, patitur. Quod genus liberalitatis ex jure gentium deſcendit* teſte Ulpiano in *L.* 1. *pr.* & §. 1. *ff. de precario.* Cum ergo ſit mera liberalitas, &, ut ait idem jureconſultus in *L.* 14. §. 11. *ff. de furt.*, *ſimile donato*, atque obligatio non contrahitur eo caſu, quo donatio

tio est, ex sententia Aristonis in *L.* 18. *pr. ff. de donationib.* statim apparet, cur in culpae praestatione adeo differat a commodato, cui caeteroquin simile videtur; (uti illa inter se comparat jureconsultus in *L.* 1. §. 3. *ff. de precar.*) de qua re Ulpianus iterum eleganter in hunc modum differit in *L.* 8. §. 3. *ff. b. t. Illud adnotatur, quod culpam non praestat is, qui precario rogavit, cum totum hoc ex liberalitate descendat ejus, qui precario concessit, & satis sit, si dolus tantum praestetur; culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit.* Sed dicet quis, commodatum non minus descendit ex liberalitate commodantis; fateor, verum commodatum a precario differt primo, quod sit contractus, precarium genus donationis; deinde, commodatum ad certum usum conceditur, quo finito tantum repeti potest, non prius, cum precarium quovis tempore, si voluerit dominus, sit reddendum; cum sane summam videatur habere aequitatem, *ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus.* ut animadvertit Pomponius in *L.* 15. *pr. ff. b. t.* adeoque major quoque, & certior videtur utilitas, quae ex commodato, quam quae ex precario accipienti obvenit: nam forte eo tempore, quo res precario concessa ei esset maximae utilitati, a domino aliquando repeti potest; quod procul dubio quoque causa fuit, cur dolum & latam culpam tantum in eo praestandam voluere jureconsulti; licet primaria ratio consistat in eo, quod ex mera liberalitate descendat, ac a contractu longe remotum, donato simile sit, ut tradit Ulpianus *d. l.* & praestatio culpae levis, vel levissimae quodammodo videretur liberalitatis ac donationis naturae contraria. Et ita ob specialem rationem hic quoque regula de culpae praestatione supra tradita locum habere non potest.

Licet autem haec regulariter in precario obtinent, dari tamen casus speciales, quibus longe aliter sese res habet docet nos Jureconsultus in *L.* 8. §. 6. *ff. b. t.* ubi ita, *plane post interdictum editum oportebit & dolum, & culpam, & omnem causam venire; nam ubi moram quis fecit precario,*

omnem causam debebit constituere. adde *L.* 14. §. 11. *ff. de furt.*

Et haec quidem de culpa in precario praestanda. Sed cur precarium hic inter contractus refert Ulpianus, cum non *contractum*, sed *genus liberalitatis* esse ipse alibi fassus sit in *L.* nimirum 1. §. 1. *ff. b. t.* & clarius Paulus in *L.* 14. *ff. eod. Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset; magis enim ad donationes & beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio.* & eodem prorsus ore loquitur Ulpianus in *L.* 14. §. 11 *ff. de furtis* ubi hanc proponit quaestionem, *Is, qui precario servo rogaverat, subrepto eo, potest quaeri, an habeat furti actionem; & cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem?* Profecto vix est; quo hic defendimus Ulpianum. Si dicam latius eum hoc loco vocem *contractus* accepisse, vereor ne latae negligentiae reus habeatur ob ea, quae in *L.* 19. *ff. de V. S.* ex Labeone ita descripsit, *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam* agantur, *quaedam* gerantur, *quaedam* contrahantur. Et actum *quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agitur: ut in stipulatione, vel numeratione.* Contractum *autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant: veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem.* Gestum *rem significare sine verbis factam.* quid igitur? Vultejus ad §. 2. *J. quib. mod. re contr. oblig. precarium verum contractum* esse ait; Hoffmannus *contractum innominatum* vocat in *Epitom. Digestor. ad tit. commod. in fine*; J. Gothofredus *quasi contractum* esse statuit ad *nostr. L.* 23. vix tamen adduci possum, ut quicquam horum simpliciter ita affirmare audeam; nimis enim mihi obstant Pauli verba in *L.* 14. *ff. b. t.* supra memorata, & ab Ulpiano in *L.* 1. §. 1. *ff. b. t.* & *L.* 14. §. 11. *ff. de furtis* aperte confirmata, ex quibus satis clarescit, precarium, proprie ex sententia Jurecconsultorum loquendo, nec verum nec quasi contractum fuisse; ad donationis quip-

pe,

pe, & beneficii caufam, quam ad negotii contracti fpectat magis precarii conditio; atque omnis obligatio donationis naturae eft contraria, uti fupra ex Ariftone in *L.* 18 *pr. ff. de donationib.* eft animadverfum: fi autem revera fuiffet quafi contractus, minime locum habuiffet haec fimilitudo. Quae tamen non ideo dici velim, quafi in omnibus precarium donationi fimile conftituiffent Jureconfulti, contrarium enim docuit ipfe Ulpianus in *L.* 1. *§.* 2. *ff. h. t.* fed eo tantum pertinent, quod donationi precarium quodammodo acquiparando, Jureconfulti indicaverint, illud a natura contractus plane effe remotum, ideoque merito ex eo actionem jure civili non competere. Sed cur igitur illud inter contractus hoc loco retulit Ulpianus? cur fibi praeterea, aeque ac Paulo contradixit, cum, ubi in *d L.* 14. *§.* 1. *ff. de furtis*, uti Paulus in *L.* 14. *ff. h. t.* actionem civilem ex precario dari negaverat, attamen illam in L. 2. §. 2. *ff. h. t.* concedat his verbis, *Itaque cum quid precario rogatum eft, non folum hoc interdicto uti poffumus, fed etiam praefcriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.* confirmans ita Juliani verba in L. 19. *§.* 2. *ff. h. t.* qui ibi idem docuerat? an ut hanc pugnam componam ad partes vocabo Gilbertum Regium, cujus fententiam probat Bacchovius ad *Treutler. part.* 1. *difp.* 24. *Th.* 5. *Litt. C. p. m.* 924, & qui *Lib.* 1. *contr. c.* 10. diftinguit inter *initium precarii*, & *progreffum.* Initio enim putat, quia negotium hoc donationis inftar effet, nullam datam fuiffe civilem actionem, quod movit praetorem, ut defuper interdictum proponeret, de qua re igitur locuti funt Paulus, atque Ulpianus *d. ll.* fed poftea jureconfultos, cum precarium commodato fimile effe animadverterent, actionem civilem etiam admififfe? non faciam, cum credere non poffum craffi adeo fincipitis fuiffe veteres jureconfultos, ut actionem ex negotio quodam, aut facto negarent, natura, progreffu, ac exitu ejus, cum maxime confideranda venit actio, nequidem infpecto; ut omittam alia, quae huic fententiae adverfari videntur. Potius ergo refpondebo, precarium dupliciter effe confiderandum, vel quod conceditur nullo tempore adjecto, ut plerumque fit; vel quod fit adjecto tem-

tempore; hoc enim precarii naturae minime esse contrarium late ostendit Bacchovius contra Fabrum *de errorib. pragm. ad decad.* 77. *err.* 2. *N*. 4 De posteriori hac precarii specie loquitur Pomponius in *L.* 12. *ff. h. t.* his verbis, *cum precario aliquid datur, si convenit ut in calendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.* Proponit hoc loco quaestionem Pomponius, si precarium alicui datum sit in certum tempus, an ante illud spatium elapsum dominus rem suam repetere possit? & respondet affirmando subjecta ratione. Si ergo dominus rem suam intra tempus repetere velit, ex interdicto ei erit agendum: si tempore praestituto elapso, poterit etiam agere praescriptis verbis, vel si hoc maluerit, etiam ex interdicto: verum cum nullum tempus sit adjectum, interdictum solum locum habebit; de eo casu ergo loquuntur jureconsulti, cum ex eo actionem civilem competere negant, de altero, cum etiam praescriptis verbis agi posse alibi affirmant: & hoc posteriori sensu sane ad contractus naturam magis accedit, de quo forte cogitavit Ulpianus, cum precarium in nostr. *L.* 23. inter contractus collocavit, non alia mente, quam ut adderet factum aliquod contractui haud plane dissimile, in quo eadem doli ac culpae praestatio obtineret, ac in deposito, (in qua sententia etiam fuisse virum doctum C. Waechtlerum vidi ex praefatione C. H. Trotzii ante ejus opuscula) adeoque vocem *contractus* latiori tamen sensu hic usurpavit Ulpianus. Neque ideo insolitum quicquam eum fecisse putandum est, simile enim quid apud Tribonianum occurrit in *§. 6. J. de oblig. quae quasi ex contr. nasc.* ubi ita, *item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur, adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur magis, (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse, nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat.* Si ergo id, quod proprie est *distra-*

ctus

ctus non vero *contractus* tamen a Triboniano inter quasi contractus referatur; non spero fore, ut vitio quis verterit Ulpiano, precarium, contractui nonnunquam in quibusdam simile, in *L.* nostra 23. quoad culpae praestationem inter contractus enumerasse. Plura de hac re proferre taedium foret; ideoque cum jureconsulto transeo ad illos contractus, quorum quidam dolum, culpam latam, & levem; quidam insuper levissimam recipiunt.

CAPUT TERTIUM.

Dolum & Culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta. In his quidam & diligentiam. Societas & rerum communio & dolum, & culpam recipit.

PRimo loco inter contractus, quorum quidam dolum & culpam, quidam insuper diligentiam recipiunt, a jureconsulto recensetur *mandatum;* quod recte dicitur *contractus juris gentium consensualis bonae fidei, quo negotium aliquod honestum alicui gratis gerendum committitur, & ab altero suscipitur* arg. *L.* 1. §. 1. & *L.* 22. §. *ult. ff. mandati.* quod tamen non impedit, quominus honorarium aliquando intercedere possit *L. 6. pr. L. 7. ff. eod.* Cum autem qualecunque negotium licitum, ac honestum alicui mandari potest, inde facile intelligitur, multa esse mandatorum genera, diversissimas quoque res, sive negotia, quae mandantur, nonnunquam esse; ex quibus simul consequens est, culpae praestationem non semper eandem intervenire. Id tamen affirmari potest, in mandato regulariter praestandam esse *culpam etiam levissimam*; cujus rei solida ac justa ratio est, quod aliquis

mandatum in se suscipiendo sese profiteatur diligentissimum, & quasi tacite negotium mandatum ita gerere promittat, ut nemo melius diligentiusve illud gereret; unde si quid incurius egerit, habeat quod sibi imputet, quare hoc fecerit; volenti enim nunquam fit injuria, quare hic movere non potest regula supra proposita, licet mandatum plerumque solius mandantis, vel aliquando utriusque utilitatem contineat, cum bonae fidei sit contrarium, sese quasi diligentissimum profiteri, nec se talem praestare. *vid. L.* 8. §. 1. *ff. ad Leg. Aquil.* unde Charinus apud Plautum in *mercatore act.* 2. *sc.* 3. *saepe ex te audivi pater, rei mandatae omnes sapientes primum praevorti decet.* Id autem, quod dico, aperte confirmant Impp. in *L.* 13. *C. mandati* rescribentes, *dolum, & omnem culpam, non etiam improvisum casum, a procuratore praestandum esse juris auctoritate manifeste declaratur.* & in L. 21. *C. eod. nec quicquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum culpa vacuum est.* Et ita in iis rebus, in quibus culpa levissima committi potest. Verum cum supra dictum sit, diversae admodum naturae, ac conditionis esse negotia, quae mandantur, sequitur, si talia sint, in quibus culpae levissimae, aut levi aliquando locus esse nequeat, merito mandatarium tunc absolvi, si nihil dolo aut lata culpa neglexerit; neque illud obstare iis, quae supra diximus. Ejusmodi autem casum proponit Ulpianus in *L.* 8. *ff. h. t.* ubi ita, *proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas, sed & si dolo emere neglexisti, (forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret,) aut si lata culpa, (forte si gratia ductus passus es alium emere) teneberis* &c. & sic quoque in aliis. Porro cum pacta licita adjecta legem dare contractui certum est ex *L.* 7. *ff. de pact.* sequitur, minime etiam nobis obstare Pauli verba in *L.* 5. *§.* 4. *ff. de praescript. verb.* quae sunt talia, *potest etiam mandatum ex pacto naturam suam excedere; possumus enim tibi mandare, ut &* custodiam *mihi praestes* &c. nihil enim aliud haec verba indicant, quam quod mandatum ex pacto aliquando depositi naturam assumere possit;

adeo-

adeoque vocem *custodia* strictori sensu hic usurpavit jureconsultus.

Ex hisce autem quisque tamen facile intelligere potest, negotia quae mandantur alicui, plerumque ita esse comparata, ut in iis culpa possit committi etiam levissima, quam eo casu, nisi aliud convenerit, mandatario esse praestandam apparuit. Et proinde statuere licet, eum qui mandatum perficiendum in se suscepit, regulariter de culpa teneri levissima, adeoque ad hunc contractum pertinere verba ab Ulpiano subjecta, *in his quidam & diligentiam.*

Sequitur *commodatum*, quod est *contractus realis, quo res sive mobilis, sive immobilis, alicui certo modo gratis utenda datur, ea lege, ut finito usu eadem in specie restituatur.* uti ex variis *ll.* colligere licet.

De culpae praestatione in commodato hoc modo loquitur Ulpianus in *L.* 5. *§.* 2. *ff. h. t. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur; & ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, & culpam praestandam & diligentiam.* & merito secundum regulam supra ab ipso Ulpiano propositam, cum utilitas plerumque sit solius commodatarii, nec ratio illa quae in precario intercedit, hic adsit; licet enim suo modo liberalitas commodantis dici queat, attamen a natura precarii plane diversum est, nec donationi aequiparari potest, cum revera sit contractus, uti supra haec jam satis fuse dicta sunt: & ideo ex *L.* 5. *§.* 9. *ff. commod.* usque adeo diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea quae sequitur rem commodatam praestari debeat, & Gajus in *L.* 1. *§.* 4. *ff. de O. & A. exactissimam diligentiam* in commodatario requirit, quod confirmat quoque Imperator in *§.* 2. *J. quib. mod. re contr. oblig.* his verbis, *at is qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantum suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire.* Ex quibus luce meridiana clarius apparet id, quod supra dixi, Jureconsultos nimirum pro *superlativo* saepius usurpasse *positivum*

&

& contra; cum Imperator hoc loco *exactam diligentiam* dicat, quam Gajus in *d. L.* 1. §. 4. *exactissimam*: & tamen in eadem fuisse cum Gajo sententia patet ex verbis, *si modo alius &c.* quibus summus diligentiae gradus designatur. Et quoniam hic in hanc rem incidi, aliud adhuc exemplum adducam, ut postea de eo amplius dubitari nequeat. Illud est in *L.* 21. *C. mandati supra jam alleg.* ubi Impp. ita rescripserunt, *aliena vero negotia exacto officio geruntur, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* quid clarius? ajunt Impp. aliena negotia *exacto* geri officio. nec quicquam culpae vacuum esse, geruntur ergo *exactissimo* & *positivum* hic usurparunt *pro superlativo.* neque hoc solummodo in gradibus culpae describendis, verum etiam multis aliis in locis fecisse Jureconsultos pluribus exemplis, si id agere vellem, ostendere possem, quae jam praetereo. adde tamen *L. 6. ff. quod met. caus.* & §. *ult. J. de testam. ordinand.* Quod, cum ita sit, nihil difficultatis habet *L.* 5. §. 5. *ff. commod.* ubi ait Ulpianus, *custodiam plane commodatae rei etiam* diligentem *praestandam esse.* Nec spero aliquem existimaturum Ulpianum bis idem in hac lege monuisse, quia §. 2. in commodato praestandam esse *diligentiam* dixit, cum per *custodiam* proprie, & recte hoc loco intellexerit exactissimam diligentiam in re commodata custodienda tantum, & conservanda, quando illa non utimur, quo magis ostenderet omnem qualemcunque culpam in commodato esse praestandam. Nec similiter ullius momenti est, quod dixit in *L.* 8. §. 3. *ff. de precar. in commodato culpam esse praestandam*, cum supra jam est animadversum per *culpam* aliquando intelligi *omnem culpam etiam levissimam.* Majus autem negotium facessere *L* 13. §. 1. *ff. de pign. actione* minime ignoro, verum de ea, ubi de pignore erit agendum, quaedam pro viribus dicam: jam vero satis apparere existimo, in commodato regulariter, & plerumque praestari *culpam etiam levissimam*, adeoque verba *in his quidam & diligentiam* huc quoque esse referenda.

Verum cum tota ratio praestationis culpae etiam levissimae in

in eo sit posita, quod commodatum contineat utilitatem solius commodatarii, facile intelligitur, si contingat, ut fiat commodatum, in quo vertitur utriusque utilitas, praestandam esse tantum *culpam levem*. Verbis fidem faciet Gajus in L. 18. *pr. ff. commod.* ita scribens, *haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata res sit, at si utriusque, veluti si communem amicum ad caenam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas, sed videndum est, ne & culpa praestanda sit, ut ita fiat culpae aestimatio, sicut in rebus pignori datis, & dotalibus aestimari solet.* Et haec quidem satis sunt perspicua; sed forte fortuna quis curiosior rogaret, cur hoc loco dolum tantum praestandum esse veterum quidam voluerunt? sane veteres in praestationibus doli, & culpae, uti in multis aliis admodum dissensisse, ex *L.* 32. *ff. depositi*, *L.* 5. *§.* 2. *ff. commod.* aliisque manifestum est; quorum tamen omnium sententiae, quibus subnixae fuerint rationibus, non semper aeque expeditum est, quod suo jam tempore falsi sunt Jureconsulti in notissima Lege *non omnium* &c. hoc tamen loco ideo veterum quosdam ejus opinionis fuisse suspicarer, quia negotium hoc magis ad societatis, quam ad commodati naturam accedere existimaverint: in societate autem dolum tantum praestandum esse veterum quidam contenderunt; uti liquet ex *§.* 9. *J. de societate*, & infra latius ostendetur, unde hic de eo non agam. Quicquid autem sit eos errasse monet Gajus. reliqua merae conjecturae sunt.

Tandem ex eadem regula supra dicta sequitur, si solius forte commodantis gratia res data sit, dolum & latam culpam tantum esse praestandam, uti hoc in eodem *Lib.* 29. *ad Sabinum in L.* 10. & 12. *ff. b. t.* docuit Ulpianus, Et haec pro viribus de commodato.

Succedit *venditum*. *Emtio venditio* secundum jureconsultos recte definitur, *contractus juris gentium consensualis bonae fidei, quo id agitur, ut res, seu merx pro certo pretio tradatur.*

Ut sciamus, quid regulariter in vendito praestandum veniat, in memoriam iterum sunt revocanda Ulpiani verba ex L. 5. §. 2. *ff. commod sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, &c. & dolus & culpa praestatur.* Ex quibus apparet regulam de culpae praestatione ex contractuum natura petitam etiam in vendito esse observandam, nulla intercedente ratione, quae contrarium suadere posset: & inde scripsit Gajus in L. 35. §. 4. *ff. de contr. emt. si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat, si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si praestiterit, & tamen rem perdidit, securus esse debet.* & Labeo in L. 54. *ff. de act. emt. vend.* ait, si *servum vendideris ac ei imperaveris, quod diligens, & prudens paterfamilias ei imperaturus non fuisset, culpae te esse obnoxium.* Idemque juris esse in iis, quae cum re vendita praestari solent, docet Jureconsultus in L. 13. §. 16. *de actionib. emt. vend.* Quae omnia clare indicant, verba, *in his quidam & diligentiam* ad hunc contractum minime pertinere. Neque his contraria sunt Ulpiani verba in *L.* 14. *pr. ff. de furt. & sane periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.* cum saepius jam sit dictum, vocem hanc pro subjecta materia esse accipiendam; & quomodo hic intelligenda sit ipse Ulpianus, ut optimus verborum suorum interpres, in *L.* 5. §. 5. *ff. commod. docuit.* Vereor tamen, ne in alia fuerit sententia Paulus in *L.* 36. *ff. de actionib. emt. vend.* scribens, *venditor domus, antequam eam tradat damni infecti stipulationem interponere debet: quia antequam vacuam possessionem tradat custodiam, & diligentiam praestare debet; & pars est custodiae, & diligentiae hanc interponere stipulationem, & ideo, si id neglexerit, tenebitur emtori.* cum efficacius fere exprimi non posse videatur exactissima diligentia, quam per *custodiam* & *diligentiam*: Licet contrarium nobiscum sentire videtur Alphenus, cujus verba in *L.* 11. *ff. de peric. & commod. rei vend.* haec sunt, si *vendita insula combusta esset, cum*

cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit: quamobrem, si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi & diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit (quae Alpheni verba contra Hottomanni censuram recte defendit Bacchovius in *Treutler. tom.* 1. *disp.* 18. *thes.* 8. *litt. C.*) Non tamen Paulum inclyta fama praestantissimum Alpheno, aut Ulpiano quicquam contrarium dixisse reor; nihil enim aliud per *custodiam & diligentiam* innuere voluit, quam venditori diligentiam idonei patrisfamilias tam in ipsa domus custodia, quam in curandis iis, quae ad eam aliquid facere poterant, esse praestandam, & proinde eum teneri *de culpa levi:* neque hic aliud quicquam intelligendum esse, ex exemplo, quod adjecit, manifestum est, nullus enim est vel mediocriter diligens, qui de damno, ex aedibus forte vicinis in ruinam vergentibus, aut quas inhabitant deperditi & negligentissimi homines, suo aedificio imminente stipulationem non interponeret. Et ita nihil difficultatis in his Pauli verbis remanet. Sed etiamsi quis vellet, Jureconsultum locutum fuisse de culpa levissima, attamen hoc nihil faceret contra sententiam supra dictam, cum eo casu procul dubio praesumendum foret, Paulum haec scripsisse de eo venditore, qui sui proprii commodi gratia aliquo tempore adhuc in possessione domus remanet: sed ita ego Jureconsultum non capio. Haec autem sic intelligenda sunt, si neuter contrahentium in mora fuerit, cujus periculo caeteroquin merito res vendita perire dicitur *L.* 5. *&* 17. *ff. de peric. & commod. rei vend.* & ideo ex Cassio retulit Javolenus in *L.* 16. *ff. eod. emtorem servi, si eum conductum rogaverit, donec pretium solveret, periculum ejus servi ad ipsum pertinere, quod sine dolo venditoris intervenerit.*

Id autem quod de harum rerum custodia in causa venditionis diximus, in fungibilibus quoque obtinet, si scilicet *per aversionem* emtae sint, id est, ut Gaji verbis utar, *si omne*

omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, nulla, nec mensurae, nec qualitatis tempore traditionis futurae, habita ratione. Quare autem hoc *per aversionem vendere* vocaverint veteres juris legumque periti, difficilioris inquisitionis est, & tenebris involutum densissimis, quibus facem accendere conati sunt viri eruditionis laude celeberrimi; inter quos sunt, Alciatus *Lib. 6. parerg. c.* 28. Cujacius *Lib.* 8. *Observ. c.* 15. A. Augustinus *Lib.* 3. *emend. c. 6.* & E. Merillius *Lib. 6. Observ. c.* 25. qui probabile existimat, hanc loquendi formulam ideo usurpasse Jureconsultos, quia in hujusmodi venditione emtores res universas auferunt, & abstrahunt, quomodo apud Horatium *Lib.* 2. *Serm. Satyr.* 4. *vs.* 37. dicitur,

Nec satis est cara pisces avertere mensa.

Ita sc. legit Merillius, licet Lambinus ad eum locum in plerisque MSS. *averrere* non *avertere* inveniri testatur: quo casu faceret hic locus pro sententia Hottomanni, qui in eo a Merillio dissentire videtur, quod *aversionem* non ab *avertere* sed *averrere* deducat. Accursii tamen sententiam praeferre videtur vir egregius G. Best in *nov. rat. emend. leg. c.* 8. *N.* 5. ideo dici *per aversionem fieri emtionem* contendens, quia venditor omne periculum statim a se ipso avertit. Ego viri optimi sententiam minime rejicio, quamvis fortasse, si in partes eundum esset, quaedam contra eam moveri possent difficultates, praecipue, si Graecorum hujus vocis interpretationem attendamus. Sed has inter tantos viros componere lites meum esse non existimo. Imo non facile quempiam, nisi per Delphici Apollinis oraculum dicturum credo, quis Phillyda solus habebit. Forte enim Hottomanni, forte Merillii, vel Bestii conjectura vera est: imo ideo hac voce uti potuissent veteres, quia, qui omne vinum, oleum, vel frumentum emit, omnes reliquos emtores avertit; sed incerta sunt haec omnia: id verum, quod supra

dictum,

dictum, est, in rebus fungibilibus hoc modo venditis idem juris esse, ac in caeteris rebus, periculumque statim ad emtorem pertinere *d. L.* 35. *ff. de contr. emt.* licet in iis tamen custodiam praestare tenetur venditor, teste Sabino in *L.* 4. *ff. de peric. & commod. rei vend.* id est, *dolum culpam latam & levem*, quod ex verbis Gaji necessario sequitur, cum dicit, *idem juris esse in iis ac in caeteris rebus.* Nec hisce contraria sunt Modestini verba in *L.* 62. §. 2. *ff. de contrah. emt.*, quae ita sonant, *res in aversione emta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emtoris pertinet, etiamsi res adsignata non sit.* cum nihil aliud indicant, quam res venditas esse periculo emtoris, si emtio venditio non dolo malo venditoris facta sit; quamvis aliter illa acceperit Bestius *d. lib. c.* 8. *N.* 6., qui contendit dolum & culpam latam tantum in rebus per aversionem venditis esse praestandam, verum, ut dixi, ei aperte repugnat Gajus, qui dicit idem esse juris in iis ac in caeteris rebus; atqui in illis praestatur culpa levis. Id tamen fateor, si claves emtori traditae sint horrei, in quo positum est vinum, vel oleum, venditori nihil praeter dolum praestandum esse, cum tunc quasi traditio intercesserit. vid. L. 2. *C. de peric. & commod. rei vend.* & §. 45. *J. de rer. divis.* Nec magis mihi placet Cl. Voetii, viri ingenii, & eruditionis Laude celeberrimi, sententia Bestii opinioni plane opposita, qui ad *Tit. de per. & com. rei vend. N.* 4. existimat, jure singulari in rebus per aversionem venditis *exactissimam* requiri *custodiam*, qualis in commodato praestatur; licet rationem hujus juris singularis reticet: nec mirum, nam difficile admodum fuisset eam reddere; non sinit enim hoc contractus natura, quando emtio sit perfecta, quippe quae utriusque utilitatem contineat. Sed scio, quid virum Cl. moverit: putavit in *L.* 1. §. *ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* sermonem esse de vino *per aversionem* vendito, cui cum viderit cohaerere *L.* 2. & 3. *ff. eod.* in quibus dicitur venditori praestandam esse *culpam levissimam*, inde collegit in vino aliave re hoc modo vendita diligentiam requiri exactissimam. Verum si mihi, quod sentio, dicere

dicere fas fit, minus accurate; nam in his legibus de tali venditione minime agi ex eo clarefcit, quod in iis mentio fit de menfura, admetiendique die, cujus nulla ratio in emtione per averfionem habetur. vid. Beftium *d. Lib. c.* 8. N°. 4. fed de quo emtionis modo ergo *d. ll.* accipiendae fint forte quis rogabit? mox, quae mea in re difficili fit fententia, dicam: fed quo melius intelligatur, paucula quaedam praemittam.

Apparuit jam, quid juris fit in emtione *per averfionem* facta, huic autem venditionis modo plana contrarius eft ille, de quo Gajus in *d. L.* 35. *ff. de contr. emt.* egit, quando nimirum *vinum ita venierit, ut in fingulas amphoras, item oleum, ut in fingulos metretas, item frumentum, ut in fingulos modios, item argentum, ut in fingulas libras pretium diceretur.* eo enim cafu Sabinus, & Caffius exiftimarunt, tunc demum perfici emtionem, *cum admenfa adpenfave fint:* quia venditio quafi fub hac conditione videtur fieri, *ut in fingulas metretas, aut in fingulos modios, quos, quasve admenfus eris, aut in fingulas libras quas adpenderis:* nam cum haec venditio fub conditione facta, ac proinde, quamdiu illa non exftet, nulla fit fecundum Paulum in *L.* 8. *pr. ff. de peric. & commod. rei vend.* fequitur, qualecumque periculum ad venditorem pertinere, nec quicquam damni inde accipere poffe emtorem; atque de hoc quoque venditionis modo loqui Sabinum in *L.* 1. *ff. de peric. & comm. rei vend.* egregie obfervavit eruditiffimus Beftius *dict. lib. c.* 9. *N°.* 3. qui totam hanc legem eleganter, & docte explicat, quam expofitionem fatis longam hic defcribere taedium foret, neque ad id, quod jam ago, multum faceret. Duo tamen circa hanc legem obfervare operae erit pretium. Primo, erraffe Beftium, cum putaverit voculam *fed* inter haec §¹ 1. *d. L.* 1. verba, *& ante menfuram periculo liberatur, fi non ad menfuram vendidit*, fed *forte amphoras, vel etiam fingula dolia.* ab editoribus effe interjectam, neque Florentiae exftare, cum contrarium ex editione Taurellii appareat. Sed de hoc viri docti errore faepius commiffo latius in praefatione egi. Secun-

cundo illud praetereundum non est, quod observatione dignum judicaverit Ampl. Bynkershoekius, jureconsultorum princeps, ac patriae decus in *observ. jur. Rom. Lib. 7. c. 25. N°. 4.* in his nimirum §. 2. *d. L.* 1. verbis, *quod & verum est: magis enim ne summutetur signari solere, quam ut tradere tum videatur.* pro *summutetur* restituendum esse, *commutetur*, cum *summutare* non sit latinum. Post quam egregiam, & optimam emendationem, fidem amplius non habeo meae conjecturae, quam, antequam viri amplissimi observationes perlegeram, faciebam, olim sc. scriptum fuisse, *ne suum mutetur*, voce *suus* non possessivo sed electivo sensu sumta, atque ex his duabus vocibus Librariorum nimis festinantium incuria deinde natum esse vitiosum illud *summutetur*. Sed haec jam mitto, & ad culpae praestationem redeo. Vidimus, quemadmodum in emtione per aversionem idem juris sit, ac in caeteris rebus, ita in alio, ac huic plane opposito venditionis modo, omne qualecunque periculum ad venditorem pertinere ante admensionem, vel adpensionem, ex quibus consequens est, de neutro venditionis genere locutos fuisse Jureconsultos, cum de culpa in re vendita aeque ac in commodato, id est levissima, praestanda mentionem fecerint in *L.* 2. §. 1. & *L.* 3. *ff. de peric. & commod. rei vend.* nisi quis cum Cl. Noodtio ad *ill. tit. p.* 415. contenderet, ita ibi in lege venditionis convenisse, ut donec admetiretur vinum culpam levissimam praestaret venditor; verum hanc sententiam ipsis Gaji verbis in *d. L.* 2. §. 1. esse contrariam, statim apparebit, simulatque verba *L.* 1. §. *ult. L.* 2. & *L.* 3. *de peric. & commod. rei vend.* adscripserim. Illa autem haec sunt, *L.* 1. §. *ult. si doliare vinum emeris, nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur, quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere, & effundere. Veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emtori perierit.* Gajus *L.* 2. *cod. hoc ita verum est, si is est venditor, cui sine*

nova

nova vindemia non sint ista vasa necessaria? si vero mercator est, qui emere vina & vendere solet, in dies spectandus est, quo ex commodo venditoris tolli possint §. 1. *Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut & diligentiam praestet: an vero dolum duntaxat videamus? & puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.* Paulus *L.* 3. *cod. Custodiam autem venditor talem praestare debet, qualem praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet: exactiorem, quam suis rebus adhiberet.* (Longiora haec sunt, sed apponere ea necessarium fuit, ut intelligantur, quae mox dicam). Ex hisce autem jam clarescere, puto parum probabilem esse Cl. Noodtii opinionem, nam, si Gajus egisset de casu, quo in lege venditionis convenerat, ut venditor plenam custodiam praestaret, inepta essent haec ejus verba, *an vero dolum duntaxat.* ex quibus satis manifestum est, generaliter locutum fuisse Jureconsultum, nec de tali conventione cogitasse; uti quoque generalia sunt sequentia Pauli verba. Quid igitur? quod sentio, pro tenuitate ingenii profitebor. *d. L.* 1. §. *ult.* sensum hunc esse reor. Emerat ibi quis ex centum forte doliis vini cujusdam post vindemiam doliis conditi dolia e. gr. tria certam quantitatem, sive mensuram continentia uno, & confuso pretio, nec quicquam de traditionis tempore convenerat; quo casu id videri actum affirmat Jureconsultus, ut ante illa dolia evacuarentur, quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria. Sed quid, si tamen in mora fuerit emtor? permittunt, eo casu antiqui legum periti venditori vinum effundere, mensura per corbem facta; quid ita? Veteres hoc propter mensuram suaserunt, si forte mensura illorum doliorum in dubium vocari posset; ut ita, mensura facta, clare constaret, tria dolia ejus mensurae, vel quantitatis, cujus emerat vini emtor, ipsi periisse. pergit deinde Gajus in *L.* 2. §. 1. inquirere, qualis custodia tali casu ante admetiendi diem venditori sit praestanda, & putat eam diligentiam eum exhibere debere, ut vis magna vel fatale damnum

damnum sit excusatum, consentiente Paulo in *L.* 3. *sequenti.* Cujus responsi justam, ac solidam rationem hanc esse existimo. Emerat hic quis ex centum forte doliis tria v. c. dolia, ut dixi, vini cujusdam post vindemiam doliis conditi generaliter, uno & confuso pretio, temporis traditionis non habita ratione: emerat ergo quodammodo rem generis, proinde, si quacunque venditoris culpa etiam levissima omne vinum illud periisset, nullum inde damnum ad emtorem redundare poterat; quid ita? quia, quamdiu venditor tria illa vini dolia a caeteris non separavit ac eo ipso, ut ita dicam, illa reddidit specialia, neque emtorem ea accipere coegit, tacite videtur in se suscepisse custodiam eorum plenam, ideoque si vinum illud doliare culpa sua etiam levissima perierit, adeoque centum illa dolia, tria quoque dolia ista, quippe quae generi adhuc inerant, suo damno pereunt; ita, ut vis magna vel fatale damnum tantum sit excusatum, quod extra casus speciales nunquam praestatur. Neque suspicari quis debet, me non recte hoc loco intellexisse Gajum, quia tali casu etiam fatale damnum praestandum esse ipse voluisse videtur in *L.* 35. *§.* 7. *ff. de contrab. emt.* ubi ita, *sed & si ex dolcario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod & constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum metretarum semel dictum sit, an in singulos eos.* fateor enim vera esse, quae hic scripsit Gajus, imo de simili venditionis modo sermonem esse concedo, non tamen mihi contrarium quicquam dixisse Jureconsultum statim ostendere conabor. Docet nimirum hic, si quis ex dolcario centum metretas vel certam partem vini emerit, & forte fortuna acciderit, ut centum metretae ex eo dolcario pereant, sive culpa venditoris, sive fatali damno, quid juris sit: & recte respondet, *omne periculum ad venditorem pertinere;* emtor enim generaliter centum ex eo vino metretas emit: jam autem, etiamsi centum perierint casu fortuito, nemo dixerit illos esse emtoris, verum ex reliquo vino eos praestare cogitur venditor. Idem esset in casu supra pro-

posito, si forte tria dolia ex vino doleari periissent; procul dubio enim & illud venditoris damno esset: & e contrario si hoc loco totum dolearium fatali damno amisisset venditor, procul dubio secundum ea quae supra diximus non teneretur; secus si culpa sua, etiamsi levissima. Talia sunt, quae pro viribus in re difficili, ut motos fluctus componerem, proferre necessarium duxi; quod si minus recte praestiterim, uti facillime contingere posset, id mihi solatio erit, paucos fore, qui bonas horas haecce perlegendo perdere voluerint. Interim in emtione venditione haec omnia sic obtinere, si nihil aliud convenerit, ultro intelligitur.

Ad *pignus* transeo, illudque esse *quod a debitore creditori datur in securitatem crediti*, cuique notum est. Cum autem in eo vertatur utriusque utilitas, merito dolum culpam latam, & levem in eo praestandam esse docet Ulpianus in saepius alleg. *L.* 5. §. 2. *ff. commod.* & Gajus in *L.* 18. *in pr. ff. eod.* cum ait, *sed videndum est, ne & culpa praestanda sit, ita ut culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis, & dotalibus.* nec non Paulus in *L.* 14. *ff. de pign. actione ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.* adde *L.* 14. §. 6. *ff. de furtis* & *L.* 7. *C. h. t.* Nec alia mente Jureconsultus in §. 4. *J. quib. mod. re contrah. oblig.* scripsit, *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur; quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia; sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris quo magis ei in tuto sit creditum, placuit, sufficere, si ad eam custodiendam exactam diligentiam adhibeat, quam si praestiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.* cum ex hisce verbis simul sumtis luce meridiana clarius appareat, hoc loco nihil aliud requiri, quam *culpae levis* praestationem; nisi ineptum Tribonianum, vel quisquis haec scripserit, facere velimus. Nec in contrarium faciunt verba *exactam diligentiam* &c. cum mirum adeo non sit, *diligentiam patrisfamilias idonei*, vocari *exactam*; licet fateor, plerumque per eam indicari culpae laevissimae praestationem. Sed majoris forte diffi-

difficultatis videri posset, quod Jureconsultus non excluserit culpam levissimam, sed tantum casum fortuitum; verum recte a quibusdam fuit animadversum culpae levissimae, quia vix est culpa, & fere magis vergit ad casum fortuitum, aliquando mentionem non fieri, sed sub casu fortuito comprehendi: (vid. Bacchovium ad h. §um) licet re vera minus accurate. Et praeterea, etiamsi illam non sub casu fortuito comprehendisset Tribonianus, protritum est, unius exclusionem non esse alterius inclusionem. Simile quid supra apud Gajum vidimus in *L.* sc. 2. §. 1. *ff. de peric. & commod. rei vend.* ubi ita scriptum erat, *custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut & diligentiam praestet, an vero dolum duntaxat: & puto eam &c.* nec quicquam de culpa levi, quae media est dolum inter ac culpam levissimam, addit. Et sic plura adduci possent. Sed quidquid sit, sufficit, Jureconsultum hoc loco egisse verborum suorum interpretem satis diligentem, eoque omnem tolli difficultatem. Majus profecto negotium facessere videtur ipse Ulpianus in *L.* 13. §. 1. *ff. de pign. actione* scribens, *Venit autem in hac actione & dolus, & culpa, ut in commodato; venit & custodia: vis major non venit.* cum alibi aperte docuerit, in commodato levissimam, in pignore tantum levem praestari culpam. Omnes omnium de hac lege sententias memorare taedium foret; unde quasdam tantum in medium proferam, & deinde id, quod sentio, ea qua par est modestia, subjiciam. Et quidem honoris causa primo Cujacii sententiam memorabo, qui *Lib.* 19. *observ. c.* 24. existimat; Jureconsultum loqui *de pignore solius accipientis gratia dato, de commodato vero facto utriusque gratia.* sed nihil improbabilius duco, & vix scio, quomodo haec adeo torquere potuerit vir summus; non enim de speciali casu, imo fere nunquam exstante, (vix quippe datur pignus solius accipientis gratia) loquitur Jureconsultus, sed simpliciter docet, quid veniat in actione pignoratitia: & proinde etiam non placet Cl. Huberi opinio in *eunomia ad d.* L. 13. quae eodem nititur funda-

damento. Voetius *ad h. t. N°. 5.* contendit, cum dicitur *venit & custodia.* iterum subaudiendum esse, *ut in commodato:* quod etiam tunc de pignore solius accipientis gratia accipit, sed nec illud mihi placere queat. Aliam viam ingressus est Vinnius ad §. *ult. J. quib. mod. re contr. oblig.* putans, *custodiam* hoc loco non significare *culpae levissimae* sed *culpae levis* praestationem: verum, quoque, ut videtur, minus accurate. Nam primo, nulla ratio est, cur minus quoad culpam levem, quam quoad latam commodato pignus aequiparasset Ulpianus, tum secundo, obstant verba, *vis major non venit.* quae satis indicant per *custodiam* culpae laevissimae praestationem intelligi. Non alio igitur modo hunc Ulpiani locum recreandum esse existimavit Noodtius *Lib.* 1. *probab. c.* 4. quam ope critices, & proinde pro *venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato; venit & custodia:* restituit, *venit autem in hac actione, & dolus & culpa: at in commodato venit & custodia &c.* conjectura profecto minime spernenda, quam tamen improbat Waechtlerus *ad Noodtii probabilia ad d. L.* qui verba nostrae *L.* 13. ita refigit, *venit in hac actione & dolus & culpa; venit & custodia ut in commodato: &c.* & porro ad duo teneri creditorem statuit, ut pignus apud ipsum non fiat deterius, & ut apud eum non amittatur: culpae respondere membrum primum obligationis, custodiae alterum. Verum haec Waechtleri sententia non admodum arridet, nam, ut alia mittam, pignoris naturae, quod utriusque utilitatem continet, repugnaret talem in eo custodiam praestandam esse, ut in commodato; neque credibile est ob hunc, vel illum casum specialem Jureconsultum generaliter dicturum fuisse *custodiam* in pignoratia actione venire, ut in commodato. Quid ergo? sane si in partes hic esset eundum, ad Noodtium me converterem; neque etiam is sum, qui ejus conjecturam plane rejiciendam existimem, vereor tantum, ne verba, ut a Noodtio legantur, Ulpiano hoc loco parum conveniant. Constat quippe, Jureconsultum hic docere voluisse, quid veniat in actione pignoratitia: quod igitur hoc modo fecisset, venit autem in

hac

hac actione & dolus & culpa: at in commodato venit & custodia: vis major non venit: hæc autem mihi parum placent, quoniam utique minime necesse erat, differentiam inter pignus & commodatum hic ostendere, quae satis erat aperta, tum quoad naturam contractus, tum quoad contrahentium voluntatem; neque hoc facere solent Jureconsulti, nisi in iis negotiis, & contractibus, qui in multis inter se sunt similes. Ita ipse Ulpianus in L. 8. §. 3. *de precario.* differentiam quoad culpae praestationem ostendit inter *precarium*, & *commodatum* & sic quoque in aliis. Sed si jam concedamus his verbis id egisse jureconsultum, quorsum tunc illa *vis major non venit?* differentia enim in eo tantum consistebat, quod in commodato etiam custodia, in pignore tantum dolus, & culpa praestanda esset. Sed forte dicet quis, haec ita capienda sunt, quasi dixisset Ulpianus, *vis major in utraque actione non venit:* verum hoc adjicere quoad pignus saltem, de quo erat sermo, supervacuum erat; nam, cum ne custodia quidem, id est, culpa levissima in pignore veniret, ultro intelligi poterat, multo minus praestandam in eo esse vim majorem: quid juris autem esset in commodato, jam *lib.* 28. *ad Edictum* docuerat, ita ut illud *lib.* 38. *ad Edictum* superflue absque ulla necessitate repetiisset. Unde dubito, an non potius retentis verbis, ut Florentiae leguntur, hoc loco ita intelligendus sit Ulpianus, venit autem in hac actione & dolus & culpa, levis nimirum; sed qualis, an in concreto, quemadmodum in societate, ut tantum adhibenda sit diligentia consueta qualiscunque sit? minime, sed ut in commodato; & teneatur si in re oppignorata custodienda non eam praestiterit diligentiam, quam pater familias idoneus suis rebus adhibere solet, ideoque culpa levis in abstracto: sed venit & custodia non nunquam in hac actione, quando? cum re oppignorata diligentissimam custodiam desiderante, tale pactum de culpa levissima praestanda sit interpositum: & hoc saepius contigisse, cum ejusmodi res daretur, quisque facile intelligere potest. vid. Bacchovium *de pign. & Hypoth. Lib.* 5. *c.* 21. *N*.4. Et de

de tali casu procul dubio quoque rescripserunt imperatores in *L.* 19. *C. de pign. & Hyp. sicut vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse, ita dolum & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur.* & in *L.* 6. *C. h. t.* Alexander imperator, *Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, in quibus est aggressura Latronum nullo bonae fidei judicio praestantur, & ideo creditor pignora, quae hujusmodi casu interierint, praestare non compellitur.* nisi quis mallet haec rescripta de eo casu accipere, de quo loquitur Paulus *in L.* 30. *ff. h. t.* hoc modo, *sed si debitor sua voluntate concessit, ut retineret culpam ei duntaxat praestandam, non vim majorem.* Probe scio Cl. Noodtium *d. L.* 19. *C. de pign. & Hyp.* ita interpretari. quasi Impp. ibi per *culpam* intellexissent *latam*, per *custodiam* vero *levem*: verum huic interpretationi repugnare videntur verba, *sicut vim maorem* &c.? si cui tamen placeat haec viri acuti sententia, quam *lib.* 4. *probab: c.* 3. proponit, non ei ob id dicam scribere est animus. Tandem adjicit Ulpianus, *vis major non venit:* nam, licet hoc quoque contingere posset, attamen quia raro ejus praestatio exigatur, nec fere, nisi eo casu, quo quis contractum egreditur, (quis enim facile tale pactum cum debitore inibit,) semper illam excludere solent juris periti, cum de culpa in hoc vel illo contractu praestanda mentionem faciant. Exemplo est ipsa Lex nostra 23 imo adeo vulgare hoc est, ut fere axiomatis loco celebratum fuerit, *casus fortuiti nullo bonae fidei judicio praestantur.*

Ita spero satis abundeque apparuit in pignore regulariter praestari dolum culpam latam & levem, adeoque nihil nobis hic esse negotii cum verbis *in his quidam & diligentiam;* licet haud raro & illa ex pacto in pignore sit praestanda.

Ad *Locationem* jam & *conductionem* pervenio, quam recte definiri *Contractum juris gentium consensualem bonae fidei, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei, vel operae certa merces solvatur* variae ll. evincunt; Non agam hic de variis hujus contractus generibus, praestitit id ampliss. Bynkers-
hoe-

hoekius *Lib.* 8. *observ.* a *cap.* I. usque *ad* 10. ita, ut nihil elegantius, aut doctius de hac re a quoquam proferri posset, sed paucula tantum, cum instituti nostri ratio id exigat, dicam de culpa in Locatione conductione praestanda; de qua Ulpianus in *d. L.* 5. *§.* 2. *ff. commod.* ut supra vidimus, ita fuit locutus, *sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato &c. & dolus & culpa praestatur.* quod ulterius confirmare videtur in *L.* 3. §. 1. *ff. naut. caup. & stab.* & Alphenus in celebri *L.* 31. *in fine ff. h. t.* ubi diserte ait, *conductorem culpam duntaxat debere.* subjecta eadem ratione, quam Ulpianus in *d. L.* 5. §. 2. *ff. commod.* Id tamen aequitatem, publicamque utilitatem requirere existimarunt juris periti, ut, si quis alicujus artis peritiam publice profiteatur, & ita tacite quasi promittere videatur se ea, quae illius artis peritia peragenda sunt quam accuratissime perfecturum, is jure merito teneatur, si quid vel levissima ejus artis imperitia peccaverit; quemadmodum hoc ex Ulpiani relatione in *L.* 9. *§.* 5. *ff. h. t.* eleganter *Lib.* 8. *digestorum* scripsit Celsus. Verba si quis desideret haec sunt. *Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam Libro* 8. *digestorum scripsit. si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid, poliendumve conduxit culpam eum praestare debere, & quod imperitia peccavit culpam esse, quippe ut artifex inquit conduxit.* Et ex his explicandum arbitror, quod memoriae prodidit Gajus in *L.* 25. §. 7. *ff. h. t. Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius, eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligemus, etsi dolia, vel tignum transportandum aliquis conduxerit, idemque etiam ad caeteras res transferri potest.* quamvis hoc placere non potuerit Cl. Vinnio ad *§.* 5. *J. h. t. N°.* 3. cum *dolia*, aut *tignum* majorem caeteris curam non exigere existimat; & ideo potius suspicatur, *superlativum* hic a Gajo pro *positivo* usurpari, uti saepius factum esse ostendimus. Alicujus momenti hoc visum fuit Hottomanno, qui

ut

ut hanc difficultatem effugeret; *Lib.* 4. *observ. c.* 13. in *d. L.* 25. pro *tignum signum* reponendum esse contendit, ut per illud intelligatur *simulacrum* vel *statua.* Quae emendatio, licet levis admodum, dubito, an sit necessaria; nam, ne dicam Graecos quoque per ξύλον hanc vocem interpretatos fuisse, *tignum* significatione satis lata usurpasse Jureconsultos existimo, (vid. *L.* 1. §. 1. *ff. de tign. junt.*) ut per illud tale tignum intelligi queat, quod non nisi machinis & arte ex uno in alium locum transportari potest; ex quo per imperitiam artificis damnum aliquando satis grave accipere posset dominus. Et idem de doliis statuendum est: nam procul dubio de iis cogitavit Gajus, quae non nisi arte quadam erant transportanda, & forte ejusdem generis, ac ea, quorum mentionem fecit Javolenus in *L.* 26. *ff. de instr. vel instrum. leg.* ubi ita, *dolia fictilia, item plumbea, quibus terra adgesta est, & in his viridaria posita, aedium esse Labeo Trebatius putant: ita id verum puto si illigata sint aedibus, ut ibi perpetuo posita sint.* Si quis tamen praeferendam putat Hottomanni emendationem, non repugno. Id autem nemini grave esse debet, addere Gajum, *idemque etiam ad caeteras res transferri potest.* cum per eas procul dubio intelligat tales, quae arte quadam quoque sunt peragendae. Et ad libellum ejusmodi casum de artifice continentem forte rescripserunt imperatores in *L.* 28. *C. h. t. In judicio tam locati quam conducti dolum & custodiam, non etiam casum cui resisti non potest, venire constat.* nisi quis per custodiam tantum levis culpae praestationem intelligere mallet; verum id, quod prius dixi probabilius puto, quia statim subjiciunt Impp. *non etiam casum &c.* Id autem quod supra ad *d.* L. 25. respondendum voluit Vinnius, majoris forte utilitatis jam erit ad excusandum Tribonianum in §. 5. *J. h. t.* ita scribentem, *Qui pro usu, aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, quam-si praestiterit, & aliquo casu eam rem amiserit, de restituenda ea re non tenebitur.* quae ita quoque vertit Theophi-

philus in hunc modum, περὶ τὴν τούτων παραφυλακὴν ὀφείλει, ὅσην ὁ σφόδρα ἐπιμελέστατος περὶ τὰ οἰκεῖα παρέχει πράγματα. nihil quippe probabilius est, quam, uti dixit Vinnius, Tribonianum *superlativum* pro *positivo* adhibuisse, culpamque levissimam sub casu fortuito comprehendisse, vel reticuisse, quomodo & hoc alibi ab eo factum fuisse supra jam est animadversum, adeoque hic iis non amplius immoror. Jureconsultum enim hoc loco de artifice imperitia artis suae peccante cogitasse, suspicari vetant exempla ab ipso adjecta. Non equidem ignoro virum eruditissimum Janum a Costa ad hunc §um probare Martini sententiam, locationem nimirum earum rerum, quae facile interverti possunt separandam esse a locatione fundi vel aedium; sed mihi hoc vix probandum videtur. Nam 1°., ut recte animadvertit ad *hunc locum* Cl. Bacchovius eo ratio tolli non potest, ob quam in hoc contractu tantum requiritur culpae levis praestatio, quia nihilominus in eo vertitur utriusque utilitas, ac adeo plus a conductore exigere iniquum esset. Et 2°, tunc ea, quae generaliter de culpa in locatione conductione praestanda monuisse jureconsultos supra ostendimus, ad casus quosdam singulares essent restringenda, si enim jumentum, & similia inter res, quae facile interverti possunt, numerandae sint vix quicquam praeter aedes, & fundum exceptum erit. Quae faciunt, ut, quamvis ingenium, & eruditionem viri clarissimi venerer, hoc loco tamen ab eo dissentire cogar, & prorsus concludam in locato conducto praestandum esse dolum, culpam latam, & levem, neque ad hunc contractum pertinuisse illa, *in his quidam & diligentiam.*

Pergit Ulpianus, *item dotis datio*, qua vocula continuativa hic nihil singulare denotari ex sequentibus fiet manifestum.

Dos non male describitur, *id, quod a muliere, vel ab alio pro muliere datur ad sustinenda onera matrimonii.* arg. *L.* 76. *in fine ff. de jure dotium*, & *L.* 21. §. 1. *ff. de donationib. inter vir. & uxor.* aliisque. Dolum autem, culpam latam, &

& levem in dote praestandam esse, quoniam in ea quoque vertitur utriusque utilitas, docet Ulpianus in saepius memorata *L.* 5. *§.* 2. *ff. commod.* & confirmatur a Jureconsultis in *L.* 25. §. 1. *L.* 66. & 67. *ff. solut. matr. quemad. dos petatur.* An ergo diligentia patrisfamilias idonei in abstracto in re dotali requiritur, uti in contractibus hactenus memoratis? non videtur. quid igitur? talem curam tantum adhibere tenetur maritus, qualem suis rebus adhibet, *in concreto* nimirum, & proinde illam omittendo, aeque culpam levem committit, ac ille, qui in superioribus non adhibuerat diligentiam diligentis patrisfamilias in *abstracto.* Et id est, quod supra monuimus, culpam levem considerari in *abstracto* vel *in concreto.* Neque ad majorem curam teneri maritum, meliorem testem ipso Ulpiano non desidero in *L.* 24. *§.* 5. *ff. solut. matr. quemad. dos petat.* ita scribente, *si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum an de hoc possit conveniri: & si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine, si vero & in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam ejus saevitiam hoc judicio coercendam; quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est* (*hoc est in dotalibus.*) ex quibus clarissime apparet, uxorem a marito non posse exigere majorem curam, quam ille suis rebus adhibeat; cujus rei rationem esse existimo, quod de se queri debeat uxor, quae ejusmodi maritum elegerit, quo ipso ejus indolem probasse videtur; eodem fere modo ac in societate, *L.* 72. *ff. pro socio* infra adhuc memoranda. Accedit; quod maritus constante matrimonio dotis sit dominus; unde satisfacere videtur, si res dotales aeque ac suas curet. Sed dicet quis, cur ergo saevitia ejus consueta in servos dotales coercetur? Verum hoc speciale aliquid esse claret ex Gaji verbis in *L.* 1. *§.* 2. *ff. de his qui sunt sui vel alieni juris*, quae haec sunt, *sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio Romano sunt, licet supra modum, & sine causa legibus cognita in servos suos*

sae-

saevire; nam ex constitutione D. Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui alienum servum occiderit, sed & major asperitas dominorum ejusdem principis constitutione coercetur. Quapropter mirum non est, si id, quod in suis contra leges faceret, in alienis quoque facere prohibeatur: semper enim omnibus tacita haec conditio inest, *nisi quid legibus sit expresse probibitum.* Ita Ulpiani verba omni cavillatione libera sunt, & id, quod dixi aperte docent. Insuper ex supra dictis apparet, non esse iniquum, maritum, etsi minus diligentem satisfacere, si modo res dotales solita cura administraverit: nec pluribus de eo agere necessarium duco. Potius in medium proferam Pauli verba in *L.* 17. *ff. de jure dot.* quae mihi eo, quo vulgo scribuntur, ordine, sunt tormento, an aliis, nescio. Sunt autem haec, *In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam; quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.* Obscura profecto haec sunt, uti pleraque Pauli scripta, quid enim hic per *culpam* intelligemus, utrum latam, quemadmodum vult Cl. Noodtius *lib.* 4. *probab. c.* 3. an vero levem? prius procul dubio verum videtur, cum per *diligentiam* demum levis culpa intelligenda sit, quoniam culpa levissima in hoc judicio non venit praestanda secundum expressa jurisperitorum verba. Sed vereor tamen, ne, si vox culpa hic ita accipiatur, ineptum ratiocinatorem reddamus Paulum; quorsum enim tunc ea, quae statim subjicit, *quia causa sua dotem accipit* (id est *etiam sua, non tantum uxoris*) quod solida ac justa ratio est, cur culpa levis, non vero lata exigatur, uti alibi ipse fassus fuerit Paulus? quam difficultatem non removet Noodtius; neque virum clarissimum voluisse, verba haec ad sequentia referenda esse credere queam, impedimento quippe est vocula *sed* ea plane excludens: ridiculum enim esset statuere Paulum ita fuisse locutum, *quia causa sua dotem accipit sed etiam diligentiam praestabit &c.* Quare ego, si sententiam dicere fas sit, suspicarer per festinantem librarium alieno olim positam fuisse loco voculam *sed*, ac longe aliter scrip-

scripsisse jureconsultum, & quidem ita, *In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam; sed quia causa sua dotem accipit, etiam diligentiam praestabit quam suis rebus exhibet.* Perspicuus est ita Pauli sensus, eoque confirmatur, quod supra ab Ulpiano dictum esse ostendimus, marito nimirum tantum in rebus dotalibus consuetam diligentiam esse adhibendam; quod post Ulpiani & Pauli testimonium pluribus asserere supervacuum foret. Requiritur ergo in dote doli, culpae latae, & levis in concreto praestatio, nec huc spectant verba *in. his quidam & diligentiam.*

Sequitur *Tutela*, quae nobis a Servio describitur *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit; jure civili data, ac permissa L.* 1. *h. t.* in qua dolum, culpam latam & levem praestandam esse docet Ulpianus in *L.* 10. *ff. de administr. tutor:* his verbis, *Generaliter quotiescunque non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus faceret, non videtur defendi.* & Ulpiano assentitur Callistratus in *L.* 33. *ff. de adm. & peric. tutor*: scribens, *a Tutoribus, & curatoribus eadem diligentia exercenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.* & Impp. in *L.* 7. *C. arbitr. tut.* disertis verbis rescribunt *tutorem de dolo culpa lata & levi teneri minime incerti juris esse.* Nec mirum hoc alicui videri debet, quia solius vertatur pupilli utilitas, atque adeo haec non respondeant regulae supra propositae; cum illa hic ob magni satis momenti rationes exceptionem patiatur, uti & alibi factum fuisse supra apparuit, suasit enim hoc favor pupilli qui in jure est maximus vid. Perezium *ad L.* 2. *C. arbitr. tutelae*, suasit & publica utilitas; neque injustum est ei tantam curam adhibendam esse, quanta utitur in rebus propriis, vid. Vinnium ad §. 2. *J. de oblig. quae. quasi ex contr. N.* 1. Ast dicet quis, hic jam apparet falsam esse totam distinctionem supra propositam inter *culpam levem in abstracto*, & *in concreto*; nam per *diligentiam idonei patris familias*, & *tantam, quantam suis rebus*, unum

unum idemque a jareconsultis intelligi manifestum est ex collatione *L.* 10. *ff. de adm. tutor.* & *L.* 10. *pr. ff. de tutel. & rationib. distrab.* ubi, quod uno loco diligentiam idonei patrisfamilias, altero tantam diligentiam, quantam suis in rebus vocat Ulpianus. Fateor Uplianum respectu tutoris ita loqui; sed an corruat eo nostra distinctio, vehementer dubito: ratio enim, cur ita locutus fuerit jureconsultus, est, quia pupillo tutor non datur, nisi qui sit idoneus, & diligens, vel saltem talis semper praesumatur, quod notum adeo est, ut nulla probatione indigeat: quo casu certum est, nihil differre diligentiam idonei patrisfamilias, & consuetam tutoris; nec si quis socius, aliusve ita natura sit diligens, nullam differentiam locum habere infiteor. Sed hisce omnibus minime probari queat talem distinctionem aliquando, imo saepius non dari, cujus contrarium infra adhuc magis fiet apertum. Jam pergo ad removendam unam atque alteram objectionem eorum, qui existimant de culpa etiam levissima teneri tutorem, quod sane iniquum esset, cum officio fungatur necessario, nec facile se excusare possit vid. Bacchovium ad *Treutler. part.* 2. *disp.* 9. *Thes.* 4. *Litt. C. & D. p m.* 476. Inter hos tamen est J. Gothofredus ad *nostr. L.* 23. *p.* 137; qui aperte secum facere existimat imperatores Diocletian. & Maxim. in *L.* 20. *C. de negotiis gestis* Octavianae cuidam ita rescribentes, *Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae super his quidem, quae nec tutor, nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum, & latam culpam, sed & levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest, & ea, quae tibi ab eo deberi potuerit cum usuris compelletur reddere &c.* in hac enim lege, ait vir doctissimus, tutor a negotiorum gestore distinguitur, qui praeter dolum tamen, latamque culpam, & levem praestare necesse non habet, atque adeo aperte in illa le-

lege tutor in plus teneri dicitur, quam negotiorum gestor. Sed vellem equidem, ne talia scripsisset, ac perverse ita hoc imperatorum rescriptum accepisset vir optimus; minime enim hic rescriptum fuit ad Libellum, in quo proposita erat quaestio, in quantum tutor vel curator circa culpa praestationem, (de qua tantum in transitu fit mentio) a negotiorum gestore differat: verum in quo erat quaesitum, an is, qui aliena gerit negotia, gerere debeat universa. uti hoc optime observat Wissenbachius in Codicem ad *Tit. de neg. gest. N.* 3. neque ipse expedire se potest Gothofredus, cum infra fateri cogatur, etiam negotiorum gestorem de culpa teneri levissima; & animadvertens eo corruere ejus explicationem *d. L.* 20. *C. de neg. gest.* nil nisi contrarias jureconsultorum, & imperatorum opiniones praetexere potest, ne sibi contradixisse videatur. Majoris momenti non est praesidium quod sibi ab Impp. Philipp. in *L.* 4. *C. de peric. tutor.* praeberi autumat, his verbis, *tutoribus vel curatoribus fortuitos casus adversus quos caveri non potuit, imputari non oportere saepe rescriptum est.* Non meam, sed Pauli fidem hic interponam, Impp. de casu speciali rescripsisse, quo revera tutor tenetur de culpa levissima: audi modo eum in *L.* 53. §. 3. *ff. de furtis*, *eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore qui diligentiam praestare debet, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisdatione solus administrationem suscepit.* Perspicua satis sunt, nec interprete egent haec Pauli verba, atque ex iis facile divinari potest, de quo casu rescriptum Impp. loquatur. Insuper etiam notandum est Jureconsultum in hac *lege* 53 aperte confirmare nostram sententiam, tutorem sc. regulariter teneri tantum de culpa levi, & male ad tutelam referri verba *in his quidam & diligentiam.* Diutius ergo hic contra dissentientes non agam, inter quos etiam fuit summus Cujacius, quem tamen in hisce variasse ostendit E. Merillius *variant. ex Cujacio L.* 2. *c.* 7. qui etiam id, quod dixi, asserit *lib.* 1. *different. c.* 12.

Licet autem plerumque haec sese ita habeant, dari tamen casus speciales, quibus tantum latam culpam praestare teneatur

tur tutor, certissimi juris est: veluti, si in praediis comparandis non bonam conditionem elegerit vid. L. 7. §. 2. *ff. de adm. & peric. tutor.* cujus ratio ex §°. *sequenti* est petenda; vel eo casu, de quo rescripsit imp. Antoninus in *L. 2. C. arbitr. tut.* in hunc modum, *Nomina paternorum debitorum, si idonea fuerint initio susceptae tutelae, & per latam culpam tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, judex, qui super ea re datus fuerit, dispiciat, & si palam dolo tutoris, vel manifesta negligentia cessatum est, tutelae judicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse statuere curabit.* rationem hujus rescripti Perezius ad *h. l.* existimat in eo consistere, quod prudentissimus quisque in rationibus exigendis falli possit; quae ratio mihi parum placet, verum potius cum Brunnemanno ad *h. l. N.* 3. crederem imperatorem in hac lege latae tantummodo culpae praestationem requirere, quia hic quaesitum erat de creditis, quae pater ideo contraxerat, ut pro usuris apud debitorem manerent, non vero de iis, quae statim erant solvenda: cui accedit, quod periculosum sit tutori debitum exigere, & pecuniam in arca habere: quae rationes mihi videntur satis aequitate subnixae. Ex quibus omnibus apparet verum esse, quod dentur casus, quibus tutor etiam de levissima culpa, & e contrario alii, quibus tantum de lata teneatur: vid. Voetium ad *Tit. ff. de tutelae & rationib. distrah. N.* 12.

Succedunt *negotia gesta. Negotiorum gestorem* esse eum *qui alterius ignorantis negotia sponte, & gratis gerenda suscipiat*, evincunt variae leges. vid. *§. 1. J. h. t. L. 11. ff. h. t.* & plures alias. Qualem autem culpam praestare debeat negotiorum gestor, multis difficultatibus est involutum. Ego quidem eum regulariter de *culpa* teneri *levissima* existimo. Suadere id videtur juris auctoritas, nec recta ratio, aut aequitas repugnat; quicunque enim negotium gerendum sponte in se suscipit, eum ad illud exactissima diligentia perficiendum tacite obligari merito statuerunt jurisperiti; nec iniquum hoc est, cum volenti injuriam non fieri supra jam sic dictum. Inde enim est, quod is, qui deposito se obtulit, cul-

culpam leviſſimam praeſtare teneatur *L.* 1. §. 35. *ff. depoſiti* Inde reſcripſerunt Impp. Dioclet. & Maxim. in *L.* 13. *C. mandati* a procuratore dolum & omnem culpam, non etiam improviſum caſum praeſtandum eſſe, & Imperator Conſtantinus *L.* 21. *C. eod.* nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpa vacuum eſſe. Et nihil in contrarium facit, quod negotiorum geſtor ignorantis negotia ſuſcipiat, & ita domino ut diligentiſſimum ſe obligaſſe non videatur, uti in depoſito, vel mandato; nam negotia adeundo, & ita excludendo alios forte diligentiſſimos, qui ea aliquando ſuſcepturi fuiſſent, merito ad eam exactiſſimam diligentiam ſe obligat, qua alius ea gerere potuiſſet; nec neceſſarium eſt, diligentiorem revera ſe obtuliſſe, dummodo hoc fieri potuiſſe praeſumi queat, uti contra Hottomannum, aliosque recte hoc defendit Bacchovius ad §. 1. *J. de oblig. quae quaſi ex contr.* & profecto aequum eſt, negotiorum dominum ex ejus imprudentia damnum non pati, cum geſtor habeat quod ſibi imputet, quare ſe alienis negotiis miſcuerit abſque neceſſitate. Haec autem quae dico affirmant Jureconſulti variis locis. Ita Pomponius in *L.* 11. *ff. h. t. ſi negotia abſentis & ignorantis geras, & culpam & dolum praeſtare debes. ſed Proculus interdum etiam caſum praeſtare.* unde apparet, per culpam Pomponium hic intelligere *culpam levem* & *leviſſimam*, quod inſolitum non fuiſſe Jureconſultis ſupra ex plurimis locis fuit aſſertum: nam licet probe memini, me quoque oſtendiſſe culpam leviſſimam aliquando non memorari, ſed ſub caſu fortuito comprehendi, attamen illud hic locum habere non poteſt, cum aliae leges contrarium evincunt. Eodem modo quippe loquitur Papinianus in *L.* 32. *ff. h. t. negotiorum autem geſtorum actio utrique neceſſaria erit: in qua lite culpam aeſtimari ſatis erit: non etiam caſum.* & Impp. in *l.* 22. *C. h. t. negotium gerentes alienum non interveniente ſpeciali facto caſum fortuitum praeſtare non compelluntur.* (ita enim legendum, non *pacto*, quam emendationem inſtituit Ampl. Bynkershoekius *Lib.* 1. *obſerv. c.* 7. unde opus non eſt cum Cl. Voetio *ad h. t. N.* 5.

hanc

hanc legem inter fugitivas referre, aut inepte illam de pacto post negotia gesta facto explicare.) Clarius adhuc Tribonianus in §. 1. *J. de oblig. quae quasi ex contr. nasc. sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habeat obligatum negotiorum gestorum, ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem; quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.* quae verba generaliter esse accipienda, non vero de casu, quo diligentior quis se obtulit, supra jam diximus; vid. Wissenbachium *ad Inst. Disp.* 39. *N.* 6. & Bacchovium *loc. alleg.* contra cujus opinionem nihil faciunt, quae adducit Lauterbachius *ad h. t.* §. 17. utpote nulla juris auctoritate suffulta. Neque suo periculo, sed ex veterum sententia haec scripsisse Tribonianum ex locis supra jam adductis satis manifestum esse credo. Duo adhuc tamen addam. Prior est Pauli in *L.* 37. §. 1. *ff. h. t.* ubi ita, *si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur, & periculum eorum nominum, quae ipse contraxit, nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent:* ergo si culpa gestoris levissima intervenit, ex sententia Pauli tenetur; & ideo recte Cujacius, cum idem Paulus *Lib.* 1. *sentent. tit.* 4. §. 1. scripserit, *eum qui aliena negotia gerit bonam fidem & exactam diligentiam praestare debere*, per verba illa culpam intelligit levissimam. vid. eum *ad h. l. & tractat.* 5. *ad Africanum in L.* 108. §. 12. *ff. de Leg.* 1°. *in fine.* Posterior locus, quem in medium proferam, est rescriptum imperatoris Philippi in *L.* 24. *C. de usuris* ita sonans, *si mater tua major annis constituta negotia, quae ad te pertinent, gesserit, cum omnem diligentiam praestare debeat, usuras pecuniae tuae &c.* quomodo clarius exprimere potuisset imperator negotiorum gestori praestandam esse omnem culpam. Nihil enim curo Perezium, qui *ad h. t. Codicis* N. 4. sine ulla auctoritate dicit, hic per *omnem diligentiam* intelligendam eam, quam contractus natura

tura desiderat, id est *levem*. Et profecto nescio, quo fundamento Perezius vir doctissimus ex nostra *L.* 23. quam *d. l.* solam adducit, elicere potuerit, negotiorum gestorem regulariter tantum praestare culpam levem, cum in ea certe, nisi per alias leges explicetur, pleraque quoad hanc culpae levissimae praestationem, vaga sint ac incerta. Nec majoris momenti est ratio, ob quam id ita obtinuisse existimat vir eruditus, nimirum, quod cum quis ex amicitia impellatur ad gerenda absentis negotia, debet sufficere levis culpa, ne deserantur, eorum administratione nulli demandata: ecquis enim quaeso (pergit) aliena negotia libenter curaturus esset, si ad exactissimam diligentiam ea gerere teneretur. nam recte a Bacchovio aliisque est animadversum, sicuti interest, ut sint, qui absentium negotia curant, ita etiam interesse, ne quis temere ea in se suscipiat, & immisceat se rebus alienis, ex quo multae alias oriri possent fraudes, & damna: vid. Voetium *ad h. t. N.* 4. & praeterea non cogitasse videtur Perezius eandem difficultatem, quod nemo si de culpa levissima teneretur aliena negotia suscipere vellet, etiam locum habere in mandatario, qui eodem modo gratis sine ullo suo commodo, (non loquor jam de casu, quo honorarium intervenit) negotium gerendum suscipit, & tamen procul dubio culpam praestat levissimam. Sed aequitatem tamen veteribus jurisperitis satis curae cordique fuisse, ex iis patet, quae scripsisse Labeonem refert Ulpianus in *L.* 3. §. 9. *ff. h. t.* hoc modo, *Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrabantur, negotiis te meis obtuleris aequissimum esse dolum duntaxat te praestare.* (& addit Ulpianus) *quae sententia habet aequitatem.* Eodem modo dolum tantum & culpam latam praestat negotiorum gestor, si a praetore datus sit *d. L.* 3. §. 8. *ff. h t.* Contra iterum merito etiam damnum, quod casu fortuito contingit, eum resarcire aequum est, si novum quid ac insolitum gerendum suscipiat ex sententia Proculi, & Pomponii in *L.* 11. *ff. de negot. gest.* vid. Ul. Huberum *in enunom. ad* §. 1. *J. de oblig. quae quasi ex contr.* Et haec contra

tra

tra Perezium. Sed vereor, ne me deserant ipsi imperatores in *L.* 20. *C. h. t.* quorum verba supra, cum de tutela actum est adscripsi, & inter alia haec erant, *secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum & latam culpam, sed & levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest &c.* hic enim expressis verbis dicitur negotiorum gestorem teneri de culpa levi tantummodo: quid igitur? num proferam opinionem viri eruditissimi Jani a Costa *ad §. 1. J. de oblig. quae quasi ex contr. nasc.* qui putat culpam levissimam sub nomine levis contineri? profecto vix est, ut haec responsio subsistat, res quippe exemplo caret, nam nusquam hoc a jureconsultis vel imperatoribus factum esse memini, adeoque facilius adhuc negatur, quam dicitur. Nec melioris notae mihi videntur responsiones Bacchovii, & Wissenbachii, quorum prior dicit, quia culpa levissima in hac lege non memoratur, inde solidum non posse duci argumentum; vid. eum ad *h. t. c.* 5. *N.* 7. (quo etiam redit responsio Cl. Voetii *ad. h. t. N.* 5. existimantis, ex aliis legibus tantum supplendum esse, quod huic deest.) posterior vero ad *d. L.* 20. N. 3. respondet, in hac *Lege* 20. proprie quaestionem non esse de culpae praestatione, sed Impp. de ea tantum incidenter mentionem facere, ideoque nihil probare; & praeterea a constitutionibus imperatorum in codice relatis, & ad certos casus, factique species pertinentibus argumentandum non esse, cum alias certissima juris principia everti possent. difficultatem enim minime tollunt, remanet quippe quaestio, de quo casu igitur locuti fuerint imperatores, & ob quam causam culpae levissimae, sive de culpa praecipua fuit quaestio, sive incidenter de ea locuti sunt contra receptum jus mentionem non fecerint: & sane miror virum acutissimum G. Noodtium ad *h. t. p. m.* 99. *Tom.* 2. *operum* putare hanc legem nihil difficultatis habere, quia (ut ipsius viri eruditi verbis utar) non est generalis constitutio ponens aut mutans actionis formam, sed est rescriptum ad Libellum cujusdam Octavianae, a qua verisimiliter rogatum fuit, utrum tantum de dolo & lata culpa te-

teneretur negotiorum gestor, an etiam de levi? cum luce meridiana clarius apparere existimo, in libello rogatum fuisse, non qualis culpa a gestore sit praestanda, verum an is, qui aliena negotia gerit, gerere debeat universa? & ipsa rescripti verba aperte indicare, de culpa tantum incidenter mentionem fieri, uti hoc optime observavit Wissenbachius. loc. supra dict. sed quid ergo de hoc rescripto sentiendum est? ego quidem ex sententia viri clarissimi S. de Cocceji *ad h. t. quaest.* 7. ejus sensum ita capio. In libello fuit rogatum, an is, qui, cum nemo alius gesturus fuisset; quaedam pupilli vel minoris negotia pro tutore vel curatore gessit, ideo universa ejus negotia tunc gerere debuisset, ac de iis teneatur eodem modo, ac tutor, vel curator? & imperatores rescribunt minime eum eodem modo teneri; nam ejusmodi negotiorum gestorem, qui hoc ex propria voluntate facit, similem non esse tutori vel curatori, quibus necessitas muneris administrationis finem facit, ac proinde satis, abundeque sufficere, si cui vel in paucis amici labore consulatur: quare secundum haec de iis tantum, quae pro tutore vel curatore gesserit, tenetur, si quid dolo, culpa lata aut levi commiserit. an non etiam de levissima? minime; ratio est in promtu, gessit hic pro tutore negotia, ideoque quoad culpae praestationem, quamvis in aliis differant, tutori aequiparatur. Hujus rei testem adducam omni exceptione majorem Pomponium in *L.* 4. *ff. de eo qui pro tut. neg. gessit.* ita loquentem, *qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem & diligentiam praestat, quam tutor praestaret.* Ita ergo imperatoribus nobiscum in amicitiam redactis, nihil difficultatis remanet, nam licet etiam Julianum ad partes vocare conantur dissentientium quidam in *L.* 6. §. 12. *ff. h. t.* ita scribentem, *videamus in persona ejus, qui negotia administrat, si quaedam gessit, quaedam non, contemplatione tamen ejus alius ad haec non accessit, etsi vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit, an dici debeat negotiorum gestorum eum teneri, & propter ea, quae non gessit, quod puto verius.* quisque tamen videt, nihil in hac Lege nobis esse contrarium, & jureconsultum nihil

aliud

aliud indicare voluisse, quam, licet omnia in iis, quae gessit, fecerit, quae ab eo exigi possent, nihilominus teneri: neque Julianus in animo hic habuit docere, quaenam culpa negotiorum gestori esset praestanda, sed tantum eum etiam propter ea, quae non gessit, si alius contemplatione ejus sese iis abstinuerit, teneri. Et etiamsi jureconsultus de culpa cogitasset, attamen hoc nihil probaret, cum diu jam sit animadversum, plurimis in locis *positivum* pro *superlativo* a jurisperitis fuisse usurpatum. Plura de his addere non lubet, cum jam satis clarescere putem, negotiorum gestorem teneri regulariter de culpa levissima, & proinde de hoc quasi contractu quoque cogitasse Ulpianum, cum scripserit, *in his quidam & diligentiam.*

Tandem sequuntur ipsa illa verba ab Ulpiano adjecta *in his quidam & diligentiam.* Ita haec nobis sistit editio vulgata, quam hac in parte, raro licet exemplo, Florentinae, in qua legitur *quidem*, praeferendam esse existimarem, etiamsi ea Graecorum auctoritate suffulta videatur. Ulpianum enim in animo habuisse monere quosdam contractus, & quasi contractus ex iis, quos enumeraverat etiam praeter dolum, culpam latam, & levem, recipere diligentiam, id est, in iis esse praestandam culpam levissimam, satis apertum est ex supra dictis, quibus ostendere conatus sum, Ulpianum his verbis designasse, *mandatum*, *commodatum*, & *negotia gesta*, neque in caeteris regulariter adhibendam esse exactissimam diligentiam: *regulariter* inquam, uti hic locutum fuisse Jureconsultum praesumendum est, nam caeteroquin dari casus speciales, quibus in omnibus ea diligentia requiritur in dubium vocari nequit, sed de iis minime sollicitus fuit Ulpianus regulas tantum generaliores de culpa in contractibus praestanda proponere volens, cum alias nequidem depositum excludere debuisset *L.* 1. §. 35. *ff. depositi.* Quod si verum sit, ac simul apparuerit in omnibus enumeratis talem diligentiam non esse adhibendam, necessario sequitur, haec verba ad omnes pertinere non posse, uti tamen assumendum videtur, si retineatur lectio Florentina, & multis asserere conatus

natus fuit J. Gothofredus *ad h. L. pag.* 125. *& seqq.* (nam vix credo, aliquem admissurum Cl. Voetii opinionem ad *tit. ff. de neg. gest. N.* 4. qui haec verba ad sola *negotia gesta* refert) sed si jam demus Gothofredo his verbis omnes enumeratos contractus significari, ideoque legendum esse *quidem*, eodem modo male se habet Lectio Pisana, & pro *in his quidem & diligentiam*, *in his quidem & diligentia* restituendum est, quod observasse etiam Graeci videntur, cum illi non verterint ἐν τούτοις ἢ καὶ ἐπιμέλειαν, sed ἐν τούτοις ἢ καὶ ἐπιμέλεια. ita ut hoc casu eodem jure utamur, de qua re miror Gothofredum nihil dixisse, cum sensus caeteroquin nimis sit distortus, & fere ineptus. Sed quomodo etiam accipiantur, & legantur verba, nullo modo prioribus melius convenire videntur, ac magis perspicua esse, quam si secundum sententiam supra propositam reponatur *quidam.* In principio quippe legis jureconsultus dixerat, *contractus quidam dolum malum &c.* deinde *quidam dolum & culpam*, jam autem subjicit, *in his quidam & diligentiam.* Nec alicujus momenti esse existimo, quod adfert Gothofredus, praesumendum non esse Ulpianum sua vagaque relatione, indefinitaque oratione nobis divinandum relicturum fuisse, in tam accurata, prolixaque regula, ad quosnam e superioribus contractibus haec clausula pertineret. nam profecto Apollinis oraculo hic minime opus est, cum in *L.* 5. §. 2. *ff. commod.* aliisque locis satis accurate expresserit, quinam illi sint contractus, qui diligengentiam recipiunt. Et ita saepius generaliter locuti fuere jurisperiti; quare id statuendum esse multo potius reor, quam credendum, Ulpianum hic coelum terra miscuisse, ac generaliter, & promiscue dixisse, omnes contractus enumeratos recipere culpam levissimam, ex quibus quidam ejus praestationem paucis tantum casibus specialibus requirunt. Vel enim quid generaliter, vel quid specialiter in his contractibus obtineat, docere voluit jureconsultus; si generaliter, male omnino inter eos retulit, in quibus id tantum specialiter verum est: si specialiter, minus accurate antea etiam memoravit contractus, qui regulariter, & fere semper culpam recipiunt levissimam. Et sic mea quidem senten-

tia

tia minus probabilis videtur Gothofredi viri certe docti, & egregii opinio, imo nequidem, cum pro *diligentiam* restituatur *diligentia.* Lectionem tamen Florentinam quoque defendisse C. Waechtlerum in dissertatione inaugurali vidi ex praefatione Trotzii ante ejus opuscula, qui tamen & ipse longe aliam videtur ingressus fuisse viam, quam Gothofredus; sed quoniam illam inspicere mihi nondum licuit, tamdiu hanc sententiam tuebor, donec, lecta Waechtleri dissertione, meliora edoctus ero. Nescio an quidem operae pretium sit hic quoque referre opinionem eorum, qui *quidam* legendum esse nobiscum affirmantes his verbis tantum veterum quorundam sententiam referri contendunt; nam quosdam ex his ex sententia ipsius Ulpiani omnem culpam recipere, nec aliud quicquam jus etiam novissimum velle, est notissimum, & proinde talia sentientes valere jubeo.

Prorsus cum supra, ut spero, satis claruit eos, qui inter hos contractus culpam recipiunt levissimam, esse *mandatum*, *commodatum*, & *negotia gesta*, consequens est, non recte quemadmodum videtur, inter illos tutelam numerasse virum summum J. Cujacium: errasse quoque P. Burgium *Lib.* 1. *elector. c.* 12. solam dotis dationem a culpae levissimae praestatione excipientem; ut & Constantinum Harmenopulum, cum scripserit ἡ ἐντολὴ, καὶ τὸ κομοδάτον, καὶ ἡ ἐπιτροπὴ, ἐπὶ τούτων τῶν τριῶν καὶ μεγάλην ἐπιμέλειαν ἀπαιτεῖσθαι. *mandatum, commodatum, & tutela, in his tribus magna diligentia praestanda est.* Sunt & adhuc alii aliter sentientes, quorum omnium sententias referre hic nihil attinet.

Postquam jam Jureconsultus enumeravit contractus, & quasi contractus, quorum quidam etiam culpam levissimam recipiunt, duos adhuc adjicit, in quibus tantum levis culpae praestatio exigitur, cum pergat, *societas & rerum communio & dolum & culpam recipit.*

Societatem esse *contractum juris gentium consensualem, quo res vel operae licitae communicantur lucri in commune faciundi gratia* apparet ex *L.* 29 *§.* 2. *L.* 53. *L.* 57. *aliisque ff. h. t.* unde *voluntarium consortium* vocatur a Papiniano in *L.* 52.

52. §. 8. *ff. h. t.* Rationem autem quare hoc loco in societate tantum praestandam esse culpam levem affirmat Ulpianus, facile quis deprehendet, animadvertens, in societate verti utriusque utilitatem: vid. *L.* 5. §. 2. *ff. commodati* quare eandem quoque de culpa Celsi fuisse sententiam claret ex *L.* 52. §. 2. *ff. h. t.* ubi ita, *utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat quaeritur? & Celsus Lib.* 7. *digestorum ita scripsit, socios inter se dolum & culpam praestare oportet.* De levi ergo culpa socium teneri constat. Sed an igitur diligentiam diligentis patrisfamilias in *abstracto* ut vocatur, praestare cogitur in re communi si forte ipse non adeo sit diligens? minime; sed sufficit, si talem diligentiam adhibeat rei communi, qualem in suis observare solitus est. Neque id meo periculo affirmo, sponsorem enim interponam Gajum in *L.* 72. *ff. h. t.* ita loquentem, *socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum sibi diligentem socium acquirit, de se queri debet.* Satis perspicua sunt haec Gaji verba, licet accuratius forte locutus fuisset, si dixisset, *culpa autem non ad exactam diligentiam &c.* Sed superlativum ac positivum promiscue usurpasse jureconsultos supra satis fuit ostensum, nec illa hic repetere lubet. Potius adducam §. 9. *J. de oblig. quae ex contr.* ex quo apparet hanc Gaji opinionem, quamvis a quibusdam veterum ea de re dubitatum fuerit, imperatori quoque fuisse acceptam, cum *d. l.* ita scripserit Tribonianus, *socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpae, id est, desidiae atque negligentiae nomine: quaesitum est? praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.* Sed

quae

quae hic fuit ea de re dubitandi ratio? nullam prorsus probabilem fuisse existimat, quod miror, Cl. Vinnius ad *d.* §. *N.* 1. vir caeteroquin sagacissimus, sed egregie ibi subjicit celeb. Heinneccius acuto ingenio, & summa eruditione longe clarissimus, imo justissima videtur fuisse dubitandi ratio, (verba quippe viri optimi hic mea faciam quia nihil iis addi aut demi debet) " quod levem culpam praestare debeat socius suadere videbatur natura contractus ad utriusque emolumentum comparati, ast quum hic contractus id singulare habeat, ut & socium sibi quisque adsumat, & si eum parum diligentem esse videat, illum suas res habere jubere possit; nulla videbatur ratio, cur socius eam a socio diligentiam exigeret, quam diligentes patresfamilias in rebus suis adhibere solent, quum ordinaria ejus diligentia contentus, eum & elegerit, & socium sibi retinuerit: quare demum placuit media sententia, &c. Verissima sane & egregia sunt haec omnia, nec verbulum adjiciam. Illud tamen non praeterire licet, mirum alicui videri posse, hoc loco socium diligentem non admodum minorem communibus, quam propriis rebus curam adhibentem culpam tantum levem committere, cum alibi talis culpae latae reus habeatur *L.* 32. *ff. depositi;* cujus difficultatis tollendae causa Cl. Heinneccius *loc. alleg.* animadvertit, hoc verum esse in iis contractibus, in quibus culpa levis in abstracto est praestanda. Sed dicet forte quis, atqui in deposito talis negligentia culpae latae annumeratur, in quo culpae levis praestantio nunquam locum habet, fateor; sed hujus rei justam ac solidam rationem sitam esse existimo in differentia naturae utriusque contractus. Ast, inquies, imo nulla justa est differentiae ratio, nam quemadmodum tota natura depositi in eo consistit, ut quis non minorem alienis, quam suis rebus diligentiam praestet, ita in societate eodem modo; ideo enim praecipue quis ad societatem invitatur. Concedo in hoc quoque societatis naturam consistere; verum in eo tamen est magna differentia, quod, si quis in re communi solitam negligat diligentiam, non tam grave delinquat, quam in deposito, utpote qui hoc fa-

ciat in re, cujus pro parte dominus est: deinde quia utriusque in societate versatur utilitas non tam facile is, qui curam consuetam non adhibeat, in doli suspicionem, quae latam culpam semper comitatur, incurrit, cum utique hac sua negligentia aeque ac socius damnum patiatur; quare praesumendum non est, eum hoc mala fide fecisse: denique tertio multo facilior est, ac simplicior alicujus rei simplex custodia, quam tota ejus administratio; jam autem quo facilius aliquid est factu, eo majorem culpam committit, qui illud neglexerit. Plura forte addi possent, sed ex hisce diversi juris rationem satis clarescere existimo. Haec ergo sufficiunt de societate.

Ultimo loco consideranda venit *rerum communio sine consensu inita*, quae est *universalis*, uti contingit in familiae ercifcundae judicio, vel *singularis*, quemadmodum accidit in re pariter duobus legata vel donata vid. *§. 3. J. de oblig. quae quasi ex contr. nasc.* verum, cum in utraque eadem culpae praestatio obtineat, de reliquis earum differentiis hic agere nihil attinet. In bonorum autem communione tam dolum, quam culpam praestandam esse nullus jureconsultorum negat, neque etiam inter interpretes de eo lis est. Altercatum tantum inter eos fuit, utrum hic alter alteri *culpam levem in abstracto*, an vero *in concreto* praestare teneatur. Posterius verum esse existimo, secutus in eo Cl. Heineccium. vid. eum in *element. Instit. §. CMLXXXIV.* illi, qui dissentiunt, aeque ac nos, sententiae suae sponsorem interponere conantur Paulum in *L. 25. §. 16. ff. fam. ercifcund.* & profecto, qui in eo meliori jure utatur, victoriam reportabit. Verba legis, si quis desideret, haec sunt. *Non tantum dolum, sed & culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias; quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: & ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam praestabit, qualem in rebus suis. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam & hos conjun-*

junxit ad ſocietatem non conſenſus, ſed res. hiſce Paulum noſtram confirmaſſe ſententiam ſemper credidi, & adhuc credo. Eum quippe hic ita capio. Scribit coheredi in rebus hereditariis communibus praeſtandum eſſe non ſolum dolum, ſed etiam culpam; & rationem ſubjicit, quoniam cum coherede non contrahimus, ut in ſocietate, verum in eum incidimus: in memoriam quippe revocandum eſt, Tribonianum ſupra nos docuiſſe, dubitatum olim fuiſſe de culpa in ſocietate praeſtanda, & quosdam ſecundum juris rigorem exiſtimaſſe, in eo tantum ſocium teneri, ſi quid dolo commiſiſſet: hujus autem ſententiae quoque Paulus, juſtitiae ille verae cuſtos rigidusque ſacerdos fuiſſe, eique opinioni adhuc inhaerens haec ſcripſiſſe videtur. Pergit deinde, ſed licet in eum incidimus, quaſi in negotiorum geſtorem, non tamen, ut negotiorum geſtor, diligentiam diligentis patrisfamilias praeſtabit; (id eſt *diligentiſſimi*, *poſitivo* pro *ſuperlativo* gradu uſurpato, uti ſaepius factum, vid. Noodtium *ad tit. ff. fam. erciſcund. p.* 241.) quia propter ſuam partem cauſam habuit gerendi: unde quoque negotiorum geſtorum actio ei non competit. (niſi tamen potuiſſet ſuam partem ita defendere ut partem ſocii ſimul defendere non cogeretur. vid. *L.* 40. *ff. de neg. geſt.*) Igitur, quia nos in eum incidimus quidem, ſed ille tamen propter ſuam partem cauſam habuit gerendi, & ſic quoque incidit in nos, merito talem diligentiam praeſtabit, qualem in ſuis rebus & proinde *culpam levem in concreto*. Addit eadem eſſe, ſi duobus res legata ſit; nam & hos conjunxit ad ſocietatem non conſenſus ſed res. Perſpicua ſic mihi videntur Pauli verba nec pluribus aut melioribus ad ſententiam noſtram ſtabiliendam opus arbitror; ſalvo tamen doctiorum judicio, cui ſemper, uti decet, me lubens ſubjiciam.

Haec ſunt, quae, ut more recepto ſtudiorum ſpecimen qualecunque ederem, in praeſentia de Ulpiani verbis in *L.* 23. *ff. de reg. jur.* diſſerere conſtitui, quibus ſi huic ſcopo vel mediocriter tantum ſatisfecerim, operae pretium me retuliſſe arbitrabor.

FINIS PARTIS II.

THE-

THESES ADNEXAE.

I.

Princeps Romanus non omnibus legibus civilibus fuit ſolutus.

II.

Bonae fidei poſſeſſor fructus tam naturales quam induſtriales ſuos facit.

III.

Per querelam inofficioſi teſtamenti ipſa petitur hereditas.

IV.

Actiones origine mixtas dari verius puto.

V.

Tribonianum ob ſpecialem nec injuſtam rationem veſtimenta in numero rerum quaſi uſumfructum recipientium retuliſſe haud improbabile exiſtimo.

VI.

Id, quod in L. 20. ff. de teſtibus de minoribus XX. annis dicitur, cum limitatione accipiendum videtur.